Library of

Princeton University.
Presented by
William H. Buckler

# Iherings Jahrbücher

für die

## Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrath u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger u. Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

**Vierunddreißigster Band.**
**Neue Folge XXII. Band.**

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1895.

# Inhalt.


Seite

I. Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Von Bekker . . . . . 1

II. Separation und Absonderung. Von Oertmann . . . . . 82

III. Die provisorische Einweisung des testamentarischen Erben in den Besitz der Erbschaft nach gemeinem Recht. Von Riesebieter 103

IV. Superficies solo cedit. Von Biermann . . . . . 169

V. Die Uebertragung des Nießbrauchs. Von von Blume . . . 281

VI. Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Von Strohal . . . . . 325

VII. Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen.

A. Handelsrecht.

1. Handelspersonen, Handelsgesellschaften, Makler und Agenten. Von Staub . . . . . 378

2. Entgeltlichkeit der Handelsgeschäfte (insbesondere des Kommissionsgeschäfts). — Eigenthum und Pfandrecht an Werthpapieren. Von Ehrenberg . . . . . 384

3. Kaufgeschäft. Von Cosack . . . . . 386

4. Seerecht mit Einschluß des Seeversicherungsrechts. Von Ehrenberg . . . . . 391

5. Die wechselrechtlichen Erkenntnisse des Reichsgerichts in Band 18—33 der „Entscheidungen". Von Lehmann 400

6. Urheberrecht (Marken-, Patent- und Musterschutz). Von Klöppel . . . . . 443

B. Civilprozeß.

1. Zur prozessualischen Behandlung des beneficium competentiae. Von Fischer . . . . . 459

2. Prozeßrechtliche Einwendungen des Rechtsnachfolgers. Von L. Seuffert . . . . . 476

3. Der Beweis des Oralfideikommisses. Von L. Seuffert . 484



(RECAP)
7600
.5
Bd. 34

515098

I.

# Der Beſitz beweglicher Sachen.

Nach der zweiten Leſung des Entwurfs eines bürgerlichen Geſetzbuchs für das Deutſche Reich.

Von **Ernſt Immanuel Bekker.**

§ I. Das Problem. — § II. Der Text. — § III. Ueberſchau der Ergebniſſe: die neuen Grundgedanken. — § IV. Thatbeſtand des Beſitzerwerbs (Ihering — Bekker); ſubjektive Erwerbsfähigkeit. — § V. Thatbeſtand des Beſitzverluſtes. — § VI. Mitwirkung Dritter; Beſitz Mehrerer. — § VII. Mitwirkung Dritter in beſonderen Fällen: Erwerb durch Dritte, constitutum possessorium, Uebertragung des durch Dritte geübten Beſitzes. — § VIII. Der Schutz des Beſitzes. — § IX. Vorſchau, die Weiterbildung des neuen Rechts (Beweisfragen bei der Vindikation, das constitutum possessorium muß Formalakt werden, furtum possessionis).

## I. Das Problem.

Wer heute daran geht, ein Stück des Entwurfs zweiter Leſung (E. II) öffentlich zu beſprechen, muß ſich gedrungen fühlen, den Leitern dieſer Leſung aufrichtigen Dank zu ſagen; hätte die erſte Kommiſſion ebenſo raſch gearbeitet und durch zeitige Veröffentlichung die Fühlung mit denen gewahrt, für die das große Werk beſtimmt war, es hätte viel Zeit gewonnen, und Gebern wie Nehmern manche herbe Enttäuſchung erſpart bleiben können.

Augenblicklich, im Sommer 1894, liegt ſchon mehr als die Hälfte vom Ganzen vor, und ſo hoch man den Werth des

Familienrechts und des Erbrechts anſchlagen mag, iſt doch kaum anzunehmen, daß durch ſie das allgemeine Urtheil über E. II erheblich verſchoben werden wird. Die Stimmen gehn, wie das nicht anders zu erwarten ſtand, wohl auch jetzt wieder auseinander, treffen aber doch darin überein, daß zwar Niemand ſich voll befriedigt erklärt, eine weſentliche Verbeſſerung gleichwohl allgemein anerkannt wird. Wer, wie ich, trotz der entſchiedenſten ſachlichen Form wie Inhalt treffenden Bedenken, aus politiſchen Gründen ſchon für die unveränderte Annahme von E. I geſchrieben hat, wird nicht umhin können, noch wärmer die möglichſte Beſchleunigung der Einführung von E. II zu empfehlen, ohne darum auf eine Kritik des Neugebotenen verzichten zu wollen.

Gewiſſe Vorzüge von E. II ſpringen ſofort in die Augen: die Sprache hat den verkünſtelten Stelzengang, der das Volk abſtieß und auch dem Juriſten das Verſtändnis zur unerquicklich mühſeligen Arbeit machte, aufgegeben; auch die neue Faſſung iſt nicht muſtergültig und läßt nicht ſelten Schärfe und Durchſichtigkeit vermiſſen, ſpricht aber durch relative Ungezwungenheit und Volksthümlichkeit an;
das unſelige Netz der Verweiſungen, in das der ganze Text von E. I verſtrickt war, iſt beſeitigt;
das ausgeſprochen doktrinäre Gerüſt, auf dem E. I beruhte, iſt vielfach verlaſſen und durch praktiſche Erwägungen erſetzt. Gerade dieſe letzte Aenderung dürften wir am höchſten zu ſchätzen haben, wenn ſie noch etwas konſequenter im Aufgeben durchgeführt wäre, und andererſeits im Geben nicht ſtellenweis zur Marotte ausartete. Allen Reſpekt vor der neuen Kommiſſion, zumal in der Beziehung daß ſie den aus der erſten übernommenen Mitgliedern nur mäßigen Einfluß geſtattet hat; aber zuſammengeſetzt wie ſie iſt, und angewieſen den E. I zur Grundlage ihrer Verhandlungen zu

machen, konnte ſie eben nicht anders vorgehen: bei gebundener Marſchroute haben wir keine freie Wahl des Zieles, und aus einem Gockel einen Adler zu machen geht über menſchliches Vermögen. Dabei tritt ein ſeltſamer Gegenſatz hervor: in der zweiten Kommiſſion überwiegt augenſcheinlich die praktiſche Tendenz, man möchte das ganze Recht den lebendig empfundenen Bedürfniſſen der Gegenwart anpaſſen und ſucht namentlich nach Verkehrserleichterungen; dies Streben führt zu viel mehr Aenderungen im Kleinen als im Großen; ſo hat der Neubau im Grundriß manche ſeiner urſprünglichen doktrinären Mängel behalten, wogegen bei den Details uns nicht ſelten ein Zweifel beſchleicht, ob alle die im einzelnen raffinirt nützlich ausgedachten Vorſchriften mit einander im ſchönen Einklange ſtehen, und ob nicht bei der praktiſchen Durchführung einſtweilen noch ungeahnte Widerſprüche aufhören werden latent zu ſein.

Einer Reihe von ſachlichen Modifikationen kann ich den Werth nicht beilegen, den Andere annehmen, z. B. dem vielumworbenen „Kauf bricht Miethe". Ich habe in einem Lande gewohnt wo der Satz galt, niemand klagte ſonderlich darüber; dann in einem anderen, „Kauf bricht Miethe nicht", die Leute wußten auch damit auszukommen; in Baden gilt eine Art Ausgleich, dem unvorſichtigen Miether bricht Verkauf ſeinen Vertrag, dem vorſichtigen aber, der das Miethsgeſchäft durch den Notar hat beglaubigen laſſen, kann der Verkauf nichts anhaben. Das gefällt mir jetzt am beſten. Immerhin wird die Einführung des neuen Rechts für die anders Gewöhnten während einiger Jahre, oder Jahrzehnte, mit Unbequemlichkeiten verknüpft ſein. Aehnlich leicht wäge ich das „Hand wahre Hand"; ich betrachte die Annahme dieſes Satzes weder von dem Standpunkt des gemeinen Rechts oder von dem des Kgl. Sächſiſchen, noch von dem des Preußiſchen Landrechts als erfreulichen Fortſchritt (einiges weitere darüber unten, Note 18

und § IX a. E.) aber ich kann den Schaden auch für keinen ſehr erheblichen halten, die Erfahrung lehrt, man kann damit und man kann darohne leben. — Bedenklicher wird nun ſchon das Fundrecht, E. II 880—897, bei dem trotz einigen wenig bedeutenden Streichungen und Zuſätzen der doktrinäre Charakter von E. I gewiſſenhaft gewahrt iſt: dem unglückſeligen Finder werden ſo viele und ſo unbequeme Verpflichtungen auferlegt, und ſo geringe Vortheile in Ausſicht geſtellt, daß jeder Rechtskundige den ganzen Inhalt der zitirten Paragraphen in die Worte zuſammenfaſſen muß: finde nie! entdeckſt du von Ferne etwas findbares, ſieh nicht hin, tritt meinethalben mit dem Fuße darauf, (wer kann dir denn beweiſen, daß du es geſehen?), aber thu ja nichts, was als Findungsakt ausgedeutet werden könnte; du hätteſt nur Unannehmlichkeiten davon. Die ſchlimmſte Nebenwirkung dieſer Beſtimmungen iſt, daß ſie zum Funddiebſtahl verleiten; weniger bedenklich, wenn überhaupt wenig gefunden wird, darin liegt eine durchaus rationelle Warnung: man hüte ſich vor dem Verlieren. — Noch weniger aber kann ich mich mit E. II 794 befreunden, daß zur Belaſtung eines Grundſtücks mit Rechten ausnahmslos die Eintragung in das Grundbuch gefordert wird; der Satz iſt aus E. I 828 übernommen und war dort weſentlich auf Grund doktrinärer Erwägungen aufgeſtellt, widerſtreitet aber der Billigkeit wider die kleinen Rechte ebenſo wie gegen den kleinen Mann. Bei den praktiſchen Erwägungen hätte man von dem Vorbild der Römer nicht abſehen ſollen, die wegen Prädialſervitutenentwährung die Eviktionsklage nicht geben, es ſei denn, daß Freiheit des Grundſtücks ausdrücklich bedungen geweſen. Ohne zwingenden Grund ſchafft man dem neuen Rechte zahlreiche Gegner gerade in den Kreiſen, die vorzugsweiſe zu ſchonen man bedacht ſein wollte. Und wie hier die Abweichung vom Beſtehenden, ſo beklage ich bei

E. II 809 (gleichfalls aus E. I 826 übernommen) den zu geringen Fortſchritt:

> iſt im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, ſo wird vermuthet, daß ihm das Recht zuſteht; iſt im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöſcht, ſo wird vermuthet, daß das Recht nicht beſteht.

Hier reichen die „Vermuthungen" nicht aus, ſo lange wir uns auch daran (nicht zum erfahrungsmäßigen Vortheil) haben genügen laſſen mögen, man muß den Muth haben die Sätze auszuſprechen,

die Eintragung giebt dingliches Recht,

die Löſchung nimmt dingliches Recht;

nur mit ihnen dürften wir hoffen, zu feſten klaren und deshalb befriedigenden Rechtszuſtänden durchzudringen.

Dieſe Ausleſe wird genügen, mich nicht als blinden Verehrer des neuen Werkes erſcheinen zu laſſen. Und eben darum darf ich mich wohl für berechtigt halten, ihm und ſeiner baldigen Einführung das Wort zu reden. Die Verhältniſſe liegen ſchon nicht mehr ganz ebenſo wie vor ſechs Jahren [1]), übergäben wir den Entwurf nochmals einer Kommiſſion zur dritten Leſung, ſo wäre kein Ende abzuſehn; warum dann nicht auch noch einer vierten, fünften ꝛc. Wir ſtehen vor der Entſcheidung: entweder wir bekennen uns überhaupt unvermögend, in der Gegenwart und auf dem eingeſchlagenen Wege, zu einem Ge-

---

1) Syſtem und Sprache, in Bekker und Fiſcher, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung v. E. I, S. 82: „Fünfundzwanzig Jahre einer faſt beiſpiellos glücklichen Entwickelung liegen hinter uns", ließe ſich annehmen, „daß derſelbe ruhige und ungeſtörte Fortſchritt noch durch verſchiedene Jahrzehnte andauern müſſe, ſo würde auf die Entſcheidung über den Entwurf wenig Gewicht zu legen ſein", aber . . . „die Ruhe und Ungeſtörtheit unſerer Entwickelung iſt nichts weniger als wahrſcheinlich", — und leider in dieſen ſechs Jahren ſeit 1888, wo obige Zeilen geſchrieben, iſt ſie noch viel unwahrſcheinlicher geworden.

ſetzbuch für das deutſche Reich zu gelangen, oder wir nehmen das, was nun nach ehrlicher Arbeit und wahrlich nicht geringer Mühe uns vorgelegt wird, an ſo wie es eben iſt. Ausdrücklich mag beigefügt werden, daß ich auch Streichungen von größerer ſachlicher Bedeutung, wie Bülow (Civ. Arch. LXXXIII 1, beſ. S. 152) ſie fordert, für unzuläſſig halte; wie durchgreifend ſolche Streichungen zu wirken vermöchten, hat gerade B. handgreiflich dargethan. Das einzige, was vielleicht nicht zu vermeiden ſein wird, wäre eine rein redaktionelle Reviſion, wie denn z. B. die Paragraphenzählung einiger Aenderungen bedarf, ein neues Geſetzbuch kann nicht wohl mit § 77 a—n in die Welt treten; ernſte Bedenken werden hiewider kaum erhoben werden.

Der Empfehlung feſteren Boden zu geben, habe ich aus den bisher veröffentlichten Stücken von E. II eines der wichtigſten und ſchwierigſten herauszugreifen, um dasſelbe auf ſeine Ausführbarkeit in der Praxis zu prüfen. Daß bei dieſer Wahl eine perſönliche aus älteren Arbeiten erwachſene Vorliebe für das Thema mitgeſprochen, will ich nicht in Abrede ſtellen; man wird dem Kritiker keinen Vorwurf daraus machen, wenn er Dinge vor ſein Forum zieht, über welche leidlich Beſcheid zu wiſſen er hoffen darf. Und an und für ſich iſt die Beſitzlehre, durch die praktiſche Wichtigkeit ebenſo wie durch ihre eminenten theoretiſchen Schwierigkeiten ſicherlich ein guter Prüfſtein für den Geſetzgeber. Daß ich, obſchon in den bezüglichen Abſchnitten beider Entwürfe (E. II 777—93) der Beſitz an beweglichen und an unbeweglichen Sachen zuſammen behandelt wird, auf den Mobilienbeſitz mich beſchränkt habe, mag gleichfalls ſeine letzte Urſache in einer individuellen Meinung finden, namentlich in dem Gedanken, daß die dinglichen Rechte an Grundſtücken und an Mobilien überhaupt

in Zukunft auseinanderwachſen müſſen [2]). Nebenher würde die Arbeit beträchtlich länger werden, und ich hätte Partien des Grundbuchrechts mit hereinziehen müſſen, denen ich einſtweilen lieber aus dem Wege gehe. Die Vorſchriften über den Immobiliarbeſitz ſind geſtreift nur da, wo dies nach Geſtalt der maßgebenden geſetzlichen Beſtimmungen ſchlechthin unvermeidlich erſchien. Auch von dem Mobiliarbeſitzrechte behandeln wir hier, nach dem Vorgange von E. II B. 3 Abſchnitt 2 „Beſitz" § 777—93, nur den Thatbeſtand und den Schutz des Beſitzes, nicht die Verwendbarkeit deſſelben und insbeſondere des Eigenbeſitzes zur Erreichung anderer Zwecke, was wohl keiner eingehenden Rechtfertigung bedarf.

## II. Der Text.

Als Abſchnitt I des Sachenrechts iſt in E. II „Beſitz" an die Stelle getreten von Abſchnitt II des Sachenrechts in E. I „Beſitz und Inhabung"; (Abſchnitt I von E. I „allgemeine Vorſchriften" wird in E. II dem allgemeinen Theil einverleibt) damit iſt die beabſichtigte große Umgeſtaltung in der Ueberſchrift zweckmäßig angedeutet. Auch die weiteren Veränderungen beſtehn überwiegend in Auslaſſungen, erſt gegen das Ende des Titels ſind viele Ergänzungen, insbeſondere auf den mittelbaren Beſitz bezügliche, aufgenommen. Der Durchſicht der einzelnen Paragraphen mag noch die Bemerkung vorausgehen, daß ich nicht bedaure von den Protokollen der zweiten Leſung nur ſo viel zu kennen, wie Reatz in ſeiner Gegenüberſtellung der beiden Leſungen aus ihnen veröffentlicht.

---

2) Vergl. dieſe Jahrb. XXX. S. 277 a „Vorausſichtlich iſt die Zeit nicht mehr ſo gar weit, wo in den Lehrbüchern des geltenden Rechts das Kapitel „Sachenrecht" zerfällt in die Abſchnitte: 1, Rechte an Grundſtücken — 2, Rechte an anderen körperlichen Sachen — 3, Rechte an unkörperlichen Sachen.

Paragraph 777 hebt an:

Der Beſitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatſächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Nach E. I § 737 wurde hierdurch erworben nur die „Inhabung", die erſt

in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die ſeinige zu haben (Beſitzwille),

den Beſitz ergab. Alſo: die „Inhabung" nach E. I iſt zum „Beſitz" in E. II erhoben, das volle Beſitzrecht, oder dem Sprachgebrauch von E. II folgend, die dem Beſitzer zuſtehenden Rechte ſind an den Thatbeſtand der früheren „Inhabung" angeknüpft, eine rechtliche Verſchiedenheit von Beſitz und Inhabung beſteht nicht mehr. Das für den Erwerb des Beſitzes fortab allein entſcheidende Moment iſt die „Erlangung der thatſächlichen Gewalt". Was haben wir unter dieſem Ausdruck zu verſtehn? Abſchnitt 2 deſſelben Paragraphen beantwortet die Frage nicht, fügt aber ein neues Problem hinzu:

§ 777, 2. Die Einigung des bisherigen Beſitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage iſt, die Gewalt über die Sache auszuüben. (Im weſentlichen Reproduktion vom E. I 803, 2: Erklärungen von der einen und von der anderen Seite genügen, „wenn der Erwerber ſich thatſächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben".)

Nach E. II kann alſo jemand, der die thatſächliche Gewalt über eine Sache noch nicht erlangt hat (denn ſonſt wäre er ſchon Beſitzer), in der Lage ſein eben dieſe Gewalt auszuüben; auch ein längeres „in der Lage ſein" giebt die thatſächliche Gewalt nicht, wohl aber die Einigung, ein Vertrag mit dem bisherigen Beſitzer. Augenſcheinlich bezieht E. II 777, 2 ſich auf das, was man bisher brevi manu traditio zu nennen pflegte, einen Uebergang von der Detention zur Poſſeſſion; desgleichen nahm E. I 803, 2 einen Uebergang von

der Inhabung zum Beſitz an, aber E. II hebt wie wir geſehn dieſen Gegenſatz auf, und will dagegen

die erlangte thatſächliche Gewalt über eine Sache

und

die Lage, thatſächliche Gewalt über die Sache auszuüben

auseinanderhalten. Iſt das möglich? — Möglich wohl, denn jeder Ausdruck iſt doch nur ein Zeichen, und es ſteht bei dem Geſetzgeber, welchen Begriff er mit dem einen, welchen mit dem anderen Zeichen verknüpfen will. Ob die Ausdrücke glücklich gewählt, leicht verſtändlich und vor Mißdeutungen ſicher, ſind andere Fragen.

Der nächſtfolgende Paragraph (778) ſtellt nun neben die „erlangte thatſächliche Gewalt" und die „Lage, thatſächliche Gewalt auszuüben" noch ein Drittes, das wirkliche „Ausüben der thatſächlichen Gewalt". In den hier ins Auge gefaßten Fällen gibt auch dieſes Beſitz nicht, wobei aber nicht gleich erſichtlich wird, weshalb nicht: ob weil dies „Ausüben" gegenüber dem „Erlangthaben" ein Minus, und als ſolches den Beſitz zu geben nicht ausreicht (unvollkommener Thatbeſtand); oder weil zwar das Ueben das Erlangthaben vorausſetzt, bei den betrachteten Fällen aber das Beſitzrecht ausſchließende beſondere Momente miteinlaufen (übervollkommener Thatbeſtand). Denn es ſollen Beſitzer nicht ſein: Wer

für einen Anderen

α) in deſſen Haushalt,

β) oder Erwerbsgeſchäft,

γ) oder in einem ſonſtigen Verhältniß, vermöge deſſen er den ſich auf die Sache beziehenden Weiſungen des Anderen Folge zu leiſten hat,

thatſächliche Gewalt über eine Sache ausübt.

α) und β) bedürfen keiner Erläuterung, wohl aber γ) und zwar wegen der Abgrenzung gegen die in § 790, 1 genannten

Perſonen. Beidemal handelt es ſich um vermittelten Beſitz, bei welchem beidemal „der Andere“, für den die Gewalt geübt wird, als Beſitzer gilt, wogegen der Vermittler nach § 778 Nichtbeſitzer, nach § 790 Auchbeſitzer iſt. Im § 790 aber wurden außer Nießbrauchern, Pfandgläubigern, Mietern, Pächtern noch

> Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältniſſe, vermöge deſſen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Beſitze berechtigt oder verpflichtet iſt [Beſitzende]

genannt. Das paßt zweifellos auf Depoſitare und auf Mandatare, denen der Mandant Sachen übergeben hat, aber haben dieſe ſelben Perſonen nicht auch „den ſich auf die Sache beziehenden Weiſungen Folge zu leiſten“, die vom Deponenten oder vom Mandanten ausgehen? Sie wären alſo nach § 778 „Nichtbeſitzer“, nach § 790 „Beſitzer“? Mehr darüber unter V.

Die Paragraphen 798 bis 807 von E. I ſind geſtrichen, in E. II folgt auf das angeführte § 779, Aufhebung des Beſitzes:

> Der Beſitz wird dadurch beendigt, daß der Beſitzer die thatſächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weiſe verliert.

Dieſe Faſſung iſt nicht ſchön; denn ſtreicht man die geſperrten Worte und läßt nur ſtehen,

> daß der Beſitzer die thatſächliche Gewalt verliert,

ſo iſt damit anſcheinend dasſelbe geſagt. Ausſprechen wollte die Kommiſſion, daß der Beſitzverluſt ſowohl ein freiwilliger (aufgeben), als auch ein unfreiwilliger ſein könne, eine Andeutung, die, wenn auch nicht unentbehrlich, doch nützlich erſcheinen konnte, für die aber eine beſſere Form unſchwer zu finden geweſen wäre. — Aus Abſ. 2 desſelben Paragraphen iſt zu entnehmen, daß

nicht nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt

dem „Verlieren der Gewalt" gleichſteht, und den Beſitz aufhebt; auch dauernde Erkrankung, z. B. geiſtige des Beſitzers? und wie ſteht es mit der Verurtheilung zum Zuchthaus? zum lebenslänglichen, Beſitzverluſt; zum zeitigen, nicht? Auch darüber nachher noch ein par Worte.

§ 780. Definition der „verbotenen Eigenmacht" und des „fehlerhaften (durch verbotene Eigenmacht, ui clam) erlangten Beſitzes". Die Fehlerhaftigkeit wirkt auch gegen gewiſſe Nachfolger.

Erben,

ſolche Singularſucceſſoren, die bei dem Erwerbe um die Fehlerhaftigkeit gewußt haben.

Der Entwurf wendet ſich nun zu den Beſitzfolgen, genauer zum Rechte aus dem Beſitz, ius possessionis, und handelt erſt von der Selbſthülfe, dann der Gerichtshülfe. § 781 führt in ſeinen drei erſten Abſätzen drei Arten der erlaubten dem Beſitzer zuſtändigen Selbſthülfe an:

der Beſitzer darf ſich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Aber iſt dies denn etwas anderes als Nothwehr? E. II § 131, 2 definirt dieſe als

Vertheidigung, welche erforderlich iſt, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von ſich . . . abzuwehren.

Denken wir uns „verbotene Eigenmacht" (vergl. E. II § 780, 1) unter Umſtänden ausgeführt, wo die Abwehr nur mit Gewalt ſtattfinden kann, muß die Eigenmacht hier nicht ſtets als „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" erſcheinen? Und mehr Gewalt anzuwenden, als zur Abwehr „erforderlich", dürfte der Beſitzer auch durch § 781, 1 kaum berechtigt werden. Die Nothwehr aber iſt zweifellos ein allgemeines, Nichtbeſitzern wie Beſitzern zuſtändiges Recht, und ein ſolches unter den Rechten

des Beſitzers ausdrücklich aufzuführen, iſt überflüſſig und gefährlich zugleich, weil überflüſſiges im Geſetzbuch nicht vermuthet wird, und leicht zu Mißdeutungen führt.

§ 781, 2. Wird eine bewegliche Sache dem Beſitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, ſo darf er ſie dem auf friſcher That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen.

Dies geht über den Begriff der Nothwehr nach deren älteren Definitionen [3]) hinaus, es iſt kein allgemeines, ſondern ein auf den Beſitzer zu beſchränkendes, ſinguläres Recht, das ebenſo konſequent wie zweckmäßig im § 782 auch den im § 778 aufgeführten Perſonenklaſſen beigelegt iſt.

§ 781, 3. Wird dem Beſitzer eines Grundſtücks der Beſitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, ſo darf er ſofort nach der Entziehung ſich des Beſitzes durch Entſetzung des Thäters wieder bemächtigen.

Dagegen wird, wer nicht Anſtoß nimmt an der Gleichſtellung des Beſitzes an Mobilien und an Immobilien, wenig zu erinnern haben. Deſto ſeltſamer mutet uns Abſ. 4 an:

Die gleichen [alſo Abſ. 1—3 aufgeführten] Rechte ſtehen den Beſitzern gegen denjenigen zu, welcher nach § 780, 2

3) Liſzt Strafr. (6 Aufl.) S. 120: „Da der Diebſtahl nicht ſchon mit der Ergreifung der Sache, ſondern erſt mit dem Bruche des Gewahrſams vollendet wird, iſt Nothwehr gegen den flüchtigen Dieb ſolange zuläſſig, als der Gewahrſam des Inhabers noch nicht völlig gebrochen iſt". Einverſtanden mit der Behandlung des „flüchtigen Diebes", aber nicht mit einer Motivierung, die dahin führen könnte, beim „flüchtigen Diebe" nicht Vollendung, ſondern Verſuch des Diebſtahls anzunehmen. — Aus den Protokollen berichtet Reatz, daß § 781, 2 dahin gemeint geweſen, „daß der Verfolger nicht vor der Behauſung des Verfolgten Halt zu machen braucht, ſondern ihm die Sache auch noch in deſſen Behauſung abnehmen dürfe". Aber doch wohl nur, wenn er mit dem Diebe zugleich in dieſe Behauſung eingedrungen?

die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes gegen ſich gelten laſſen muß [Erben und bösgläubige Singularnachfolger].

Es iſt ſchwer, ein Bild zu gewinnen von der Geltendmachung dieſer Rechte: wie kann der Beſitzer ſich mit Gewalt erwehren der Eigenmacht, nicht wider den eigenmächtig Handelnden, ſondern wider die Erben und Singularſucceſſoren desſelben (781, 1)? — wie, wenn der Thäter ihm die bewegliche Sache weggenommen, den auf friſcher That betroffenen oder verfolgten Erben und Singularſucceſſoren des Thäters die Sache wieder abnehmen (780, 2)? — oder bei der Entſetzung von einem Grundſtück „ſofort nach der Entziehung des Beſitzes" wider Erben oder Singularſucceſſoren des Entzogenhabenden mit Gewalt vorgehen (780, 3)? — Verlohnt es ſich, nach den äußerſt ſeltenen Fällen zu ſuchen, wo dem ähnliches ausnahmsweiſe einmal vorkommen könnte? Schwerlich, vielmehr ſcheint einfach ein Redaktionsfehler ſich eingeſchlichen zu haben, beabſichtigt war die Gerichtshülfe nicht bloß wider den Eigenmächtler ſelber, ſondern auch wider Erben und bösgläubige Singularſucceſſoren zuzulaſſen, und nur durch Verſehen iſt dieſe Beſtimmung an einen Platz gerathen, wo ſie auf die Selbſthülfe wider Eigenmacht bezogen werden müßte. Einigermaßen zweifelhaft hieran machen uns aber wieder die Mittheilungen von Reatz aus den Protokollen [4]).

---

4) Freilich knüpfen ſich dieſe nicht an 781, 4, ſondern an 781, 3, aber durch das hier gebotene: „bei einer engen Auslegung des Wortes" „ſofort" könne allerdings das Wiederbemächtigungsrecht in ſeiner Wirkſamkeit weſentlich beeinträchtigt werden; es ſei jedoch zu erwarten, daß die Praxis zu einer dem Sinne der Vorſchrift entſprechenden Auslegung gelangen und insbeſondere die Zuläſſigkeit des Wiederbemächtigungsrechts auch in ſolchen Fällen bejahen werde, in denen der Entſetzte, bevor er zur Selbſthülfe ſchreite, gewiſſe Vorbereitungsmaßregeln treffen müſſe". Doch habe man „ſofort" auch nicht durch „unverzüglich" erſetzen dürfen, „der

Weniger zu erinnern iſt wider den hierauf folgenden

§ 782. Zur Ausübung der nach § 781 dem Beſitzer zuſtehenden Rechte iſt auch derjenige befugt, welcher nach § 778 die thatſächliche Gewalt (als Nichtbeſitzer) für den Beſitzer ausübt.

Fraglich höchſtens, ob ein Zuſatz des Inhalts „doch nicht wider den Beſitzer für den er die Gewalt ausübt" rathſam, oder ob dieſer als ſelbſtverſtändlich beſſer fortbleibt.

Wir kommen nun zur Gerichtshülfe. Veranlaſſung nach § 783, Entziehung des Beſitzes durch verbotene Eigenmacht; nach § 784, Störung im Beſitze durch verbotene Eigenmacht.

Erfolg der Klagen:

in jenem Falle, „Wiedereinräumung des Beſitzes";

in dieſem „Beſeitigung der Störung".

Daß beide Mal das Klagerecht mit den Worten eingeführt wird:

ſo kann er (der Verletzte von dem Verletzten) verlangen,

wird nicht Allen ſympathiſch klingen, da Manche einen präziſeren Ausdruck (Einer kann vom Andern viel „verlangen" was der Andere ihm nicht zu gewähren braucht) gewünſcht haben möchten. Der eine wie der andere „Anſpruch iſt ausgeſchloſſen", wenn der „entzogene" oder „geſtörte" Beſitz gegenüber dem Entzieher oder Störer ſelber (uitio a te possideo) ein fehlerhafter iſt, und die Erlangung dieſes Beſitzes in das letzte Jahr vor der fraglichen Entziehung oder Störung fällt. Im Falle der Störung kann falls „weitere Störungen zu beklagen" ſind, auch „auf Unterlaſſung" geklagt werden.

---

Entſetzte wäre nämlich alsdann in der Lage, noch geraume Zeit nach der Beſitzentziehung zur Selbſthülfe zu ſchreiten, wenn er ohne ihm zur Laſt fallendes Verſchulden nicht früher von dem Rechte Gebrauch machen konnte". Kurzum „ſofort" wäre hier nicht mit „statim", ſondern mit „post modicum tempus" wiederzugeben; aber auch hiernach wäre wohl die Ausdehnung von 781, 3, aber nicht die von 781, 1 u. 2 wider diejenigen zu verſtehen, welche „nach 780, 2 die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes gegen ſich gelten laſſen müſſen".

Die beiden nächſten Paragraphen, Einreden und Erlöſchen ſchon begründeter Anſprüche, geben wieder zu Bedenken Anlaß:

§ 785: gegenüber den in §§ 783, 784 beſtimmten Anſprüchen kann ein Recht zum Beſitz oder zur Vornahme der ſtörenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Beſitzes nicht verbotene Eigenmacht ſei.

Das kann doch nur heißen:

einredeweiſe zu benutzen iſt nicht jedes Recht auf Beſitz, ius possidendi (eine Wiederholung der entſprechenden Vorſchrift im Römiſchen Interdiktenprozeß),

ſondern nur dasjenige Recht auf Beſitz, das die Befugniß eigenmächtiger Ausübung (vgl. § 780,1: „ſofern nicht das Geſetz die Entziehung oder die Störung geſtattet") in ſich ſchließt.

Der folgende § 786 verordnet im erſten Abſatz eine einjährige Verjährung derſelben nach §§ 783, 784 begründeten Anſprüche,

erliſcht, wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, im Wege der Klage geltend gemacht wird;

worauf der minder durchſichtige Abſatz 2 folgt:

das Gleiche gilt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urtheil feſtgeſtellt wird, daß dem Thäter ein Recht an der Sache zuſteht, vermöge deſſen er die Herſtellung eines ſeiner Handlungsweiſe entſprechenden Beſitzſtandes verlangen kann.

„Das Gleiche gilt u. ſ. w." — alſo nach verübter Eigenmacht, und nach hieraus (gemäß den §§ 783, 784) erwachſenem Anſpruch, aber vor erhobener Klage, und vor Ablauf eines Jahres (Verjährungsfriſt) vom Beginn der Klagmöglichkeit an

gerechnet, erliſcht der erwachſene Anſpruch (wie durch Verjährung) durch das Ergehen eines rechtskräftigen, und jenachdem durch das Rechtskräftigwerden eines bereits ergangenen Urtheils, das ein „dem Thäter" an der Sache zuſtändiges Recht feſtſtellt. Bis hierhin unzweifelhaft; doch welcher Art ſoll dieſes dem „Thäter zuſtehende Recht" ſein? Das ſollen die Worte „vermöge deſſen an die Herſtellung eines ſeiner Handlungsweiſe entſprechenden Beſitzſtandes verlangen kann", ergeben. Wir ſtehen vor der Alternative:

α, Recht, das ſeine Handlungsweiſe (Eigenmacht) rechtfertigt,

β, das zwar die Handlungsweiſe ſelber nicht rechtfertigt, wohl aber den durch dieſelbe herbeigeführten Erfolg, als einen an ſich rechtmäßigen erſcheinen läßt.

Nehmen wir zunächſt α, (das dem Wortlaut weniger zu entſprechen ſcheint) an, ſo erhalten wir ein unbefriedigendes Reſultat; wenn das gleiche Recht zur Eigenmacht, das auch einredeweiſe (nach § 785) benutzt werden könnte, vor Erhebung der Klage wider „den Thäter" von dieſem ſelber klageweiſe verfolgt, und in Folge deſſen durch rechtskräftiges Erkenntniß feſtgeſtellt wird, ſo erliſcht damit der Anſpruch aus der Eigenmacht. Oder genauer, dieſer Anſpruch erliſcht nicht, ſondern er hat nie beſtanden, da die Eigenmacht eine geſetzlich geſtattete geweſen, was ja rechtskräftig feſtgeſtellt iſt. Danach § 786,2 überflüſſig, weil ſelbſtverſtändlich.

β, Recht nicht zur Eigenmacht, aber auf den mittels Eigenmacht herbeigeführten Beſitzſtand; dies genügt für ſich allein nicht zur Einrede wider die aus der Eigenmacht gegen den Thäter erhobene Klage (vgl. § 785). Aber wenn das ſelbige Recht noch vor erhobener Klage in einem anderen Prozeſſe rechtskräftig feſtgeſtellt wäre, ſo hätte es den Anſpruch aufgehoben, und es müßte unweigerlich geſtattet ſein, bei der Klage aus Eigenmacht hierauf (als Einrede) Bezug zu nehmen.

Will man nun kein, weder aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigendes noch durch den Wortlaut von 786,2 gefordertes Gewicht auf die besondere Zeit der rechtskräftigen Feststellung legen, namentlich darauf, daß diese nach dem verbotenen Eigenmachtsakt und vor der Erhebung der hieraus erwachsenen Klage geschehen, so gelangt man zu dem Ergebniß: „Gegenüber den in den §§ 783, 784 bestimmten Ansprüchen" kann Beklagter sich berufen,
erstlich auf ein Recht auf Besitz, das die eigenmächtige Erlangung desselben gestattet,
zweitens auf ein Recht auf Besitz, das an sich die eigenmächtige Erlangung nicht gestattet, wohl aber dann, wenn es vorher rechtskräftig festgestellt worden ist, z. B. durch die Feststellungsklage nach RCPO. 231.
Daraus würde weiter folgen: Alle Rechte auf Besitz werden durch ihre rechtskräftige Feststellung zu Rechten auf eigenmächtigen Erwerb des Besitzes; oder mit andern Worten: wem nur einfaches (d. h. nicht auf den eigenmächtigen Erwerb gerichtetes) Recht auf Besitz gerichtlich zuerkannt ist, der hat, sobald Rechtskraft beschritten, auch die Befugniß erlangt, dies einfache Recht eigenmächtig durchzuführen. Und noch weiter: wenn solch einfaches Recht auf Besitz nur darum nicht gerichtlich festgestellt wäre, weil unter den Betheiligten gar kein Zweifel über seine Existenz besteht, oder der gegen den es sich richtet dasselbe ausdrücklich anerkannt hätte, sollte das weniger wirksam sein als ein erst zweifelhaftes und darum gerichtlich festgestelltes Recht? Oder käme es vielleicht auf die Form der Anerkennung an? Kurzum, die scharfe Begrenzung der Bestimmungen von § 785, wird durch den nachfolgenden § 786,2 nicht gerade erleichtert.

Klarer ist dann wieder das folgende:

§ 787: Die Vorschriften der §§ 780—86 gelten auch zu

Gunſten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbeſondere abgeſonderte Wohn- oder andere Räume beſitzt.

Die Faſſung iſt vielleicht nicht tadelsfrei („Wohn- oder andere"), die Abgrenzungsfrage, bei welchen Sachen der Beſitz eines Theiles zuläſſig bei welchen nicht, ſtellenweis ſchwierig, immerhin liegt ein klarer Gedanke zu Grunde, deſſen Durchführung in den einzelnen Fällen getroſt der Praxis überlaſſen bleiben mag.

§ 788. Beſitzen mehrere eine Sache gemeinſchaftlich, ſo findet in ihrem Verhältniſſe zu einander ein Beſitzſchutz inſoweit nicht ſtatt, als es ſich um die Grenzen des dem Einzelnen zuſtehenden Gebrauchs handelt.

Hiernach ſteht zweifellos feſt:

erſtlich daß es Mitbeſitz (compossessio) giebt;

zweitens daß für die Verhältniſſe der Mitbeſitzer zu einander ein Beſitzſchutz zum einen Theile („inſoweit nicht") ſtattfinden ſoll, zum andern nicht. Die Unterſcheidung der beiden Theile geben die Worte an: „um die Grenzen des dem Einzelnen zuſtehenden Gebrauchs". Das dürfte zu folgender Entſcheidung führen:

Wenn A und B Mitbeſitzer eines Gartens ſind, von dem A bisher ausſchließlich die Blumen, B ebenſo ausſchließlich die Früchte bezogen, ſo kann Jedeiner gegenüber dem Andern ſein Mitbeſitzrecht auf die Thatſache des Mitbeſeſſenhabens ſtützen, dagegen kann auf derſelben Grundlage von dem Einen nicht die Ausſchließlichkeit des Blumenbezugs von dem Andern nicht die des Früchtebezugs behauptet wurden.

Auch der nächſtfolgende Paragraph (789) zählt ſachlich und formell zu den beſſer gelungenen. Wenn eine Sache (lebendige oder todte)

α, aus der Gewalt des Beſitzers,

β. auf ein im Beſitz eines Andern befindliches Grundſtück gelangt,

„ſo hat der Beſitzer des Grundſtücks [dem Beſitzer der Sache] die Aufſuchung und Wegſchaffung zu geſtatten". Damit iſt ein „Verfolgungsrecht ohne weiteres" ausgeſchloſſen, der Beſitzer der Sache hat die Erlaubniß von dem Beſitzer des Grundſtückes zu erbitten, dieſer iſt verpflichtet, ſie zu gewähren. Hat er das gethan, ſo iſt

> der durch die Aufſuchung und die Wegſchaffung entſtandene Schaden dem Beſitzer des Grundſtücks zu erſetzen.

Dieſe Verpflichtung ausdrücklich hervorzuheben, war zweckmäßig, da eine Schädigung des Grundſtückes auch ohne jegliche Verſchuldung des Sachbeſitzers eintreten könnte.

Etwas zweifelhafter ſcheint der Schlußſatz:

> Iſt die Entſtehung eines Schadens zu beſorgen, ſo kann die Geſtattung verweigert werden, bis für den Erſatz Sicherheit geleiſtet worden iſt.

Nicht daß wir dieſe cautio damni infecti unter allen Umſtänden für nicht erforderlich hielten; aber die jetzige Faſſung kann Anlaß geben zu läppiſchen Streitigkeiten, über die Erforderlichkeit, eventuell Höhe der Sicherheitsleiſtung, während deren die Zeit verſtreicht, innerhalb deren eine nützliche Aufſuchung und Verfolgung allein möglich war; bis der Richter über die Sicherheitsleiſtung entſchieden, dürfte unſere Sache längſt verdorben und geſtorben oder von dritten unberechtigten abgeholt ſein. Daher wäre vielleicht die Faſſung zu empfehlen geweſen:

> Beſtehen berechtigte Zweifel, ob der Beſitzer den entſtehenden Schaden zu erſetzen vermögend ſein wird, ſo kann die Geſtattung u. ſ. w.

Doch wollen wir nicht beſtreiten, daß eine vernünftige

Praxis auch mit den Worten von E. II auszukommen wiſſen [5]) wird.

Das Verfolgungsrecht des Sachbeſitzers fällt weg:

1) „Sofern die Sache inzwiſchen in Beſitz genommen worden iſt" von dem Grundſtücksbeſitzer oder von Dritten. Haben dieſe kein Recht zur Inbeſitznahme, ſo liegt ein Fall der verbotenen Eigenmacht vor, und dem Sachbeſitzer erwachſen die entſprechenden Beſitzſchutzanſprüche (§ 783—86).

2) § 825. „Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundſtück hinüberfallen, gelten als Früchte dieſes Grundſtücks. Dieſe Vorſchrift findet keine Anwendung wenn das Nachbargrundſtück dem öffentlichen Gebrauche dient". Gerade als Romaniſt möchte ich ausſprechen, daß mir dieſe Vorſchriften mit dem modernen Rechtsgefühl im Einklang zu ſtehen ſcheinen.

3) Darf der Grundſtücksbeſitzer aus andeken triſtigen Gründen die Geſtattung der Verfolgung weigern? Sobald

---

5) Noch in anderer Beziehung erſcheint eine rationell einſchränkende Auslegung des § 789 geradezu unerläßlich. Ein öffentlicher Weg, vielleicht nur für Fußgänger und Reiter, führt über Privatland, das offen daliegt, Aecker, Weiden, Wald. Durch einen Zufall verliere ich Hut oder Peitſche, Stock, Taſchentuch, Brille, und ſehe ſie nun nicht weit ab vom Wege liegen. Ein Recht, das Privatland zu betreten, habe ich ohne weiteres nicht, gleichwohl liegt es ebenſo im Intereſſe des Verlierers wie des Grundherrn (um mit müßigen Anfragen verſchont zu bleiben), daß der Verlierer nicht nach § 789 vorgeht, ſondern ſofort ſeine Sachen wieder an ſich nimmt, auch die Mühen irgend welcher Anzeige ſich und dem Grundherrn erſpart. — Oder man bedenke folgenden nicht fingirten Fall: der ungewöhnlich große Hund eines meiner Bekannten, der ſeinen Herrn auf dem Spaziergang begleitet, dringt in ein ſehr wohl vergattertes zur Zeit unbewohntes Grundſtück ein, und iſt danach völlig außer Stande, ohne menſchliche Hülfe ſich wieder herauszufinden. Sollte mein Freund den Beſitzer des Grundſtücks aufſuchen, der ſich drei Meilen von hier aufhält? Inzwiſchen hätte der Hund, es war im Winter, krepiren können, oder auch einen Fremden, der in ſeine Nähe gekommen, zuſchanden beißen.

er ſelber Beſitz ergreift, wäre er dazu befugt, aber gerade Beſitzergreifen will er oder kann er nicht. Beiſpielsweiſe als Fabrikherren liegt ihm daran, keinen Fremden auf ſein Gebiet zu laſſen, da Fabrikationsgeheimniſſe entdeckt werden könnten; in anderen Fällen könnte die Zulaſſung mit Leibes- oder gar Lebensgefahr für den Zuzulaſſenden verknüpft ſein. Daß die Weigerung hier durchſchlagen müßte, ſteht feſt; geſchähe die Weigerung aber im alleinigen Intereſſe des Weigernden, ſo wäre wohl das einfachſte, dieſelben in ihren Rechtsfolgen einer Beſitzergreifung ſeitens des Abweiſenden gleichzuſtellen.

Für das Verſtändniß der noch übrigen Beſtimmungen empfiehlt ſich, den letzten Paragraphen voranzuſchicken:

§ 793. Wer eine Sache als ihm gehörig beſitzt, iſt Eigenbeſitzer.

Den Gegenſatz hierzu beſtimmt

§ 790.1. Beſitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältniſſe, vermöge deſſen er einem Andern gegenüber auf Zeit zum Beſitze berechtigt oder verpflichtet iſt, ſo iſt auch der andere Beſitzer [mittelbarer Beſitzer].

Zugegeben, daß ein größeres modernes Geſetzbuch nicht ganz ohne Definitionen auskommen kann, und daß ein ſo wenig gebräuchlicher Ausdruck wie „Eigenbeſitzer" einer Erläuterung bedurfte, immerhin aber wird ein Paragraph, der nichts enthält als die nackte Definition und ſich auffällig macht, indem er als Schließender ſeinem Zuge nachtrottet, der ganzen Darſtellung nicht gerade zur Zierde gereichen. Dagegen dürfte Sachliches wider die Gegenüberſtellung nicht zu erinnern ſein: „Eigenbeſitzer, Nichteigenbeſitzer". Nennen wir letztere (entſprechend den „mittelbaren Beſitzern") „Beſitzvermittler", ſo liegt es nahe, dieſe den „Beſitzdienern", auf die § 778 ver-

weiſt, gegenüberzuſtellen. Es ergeben ſich alsdann folgende Sätze:

Kein Beſitz ohne Eigenbeſitzer (will ſagen, das Beſitzverhältniß kann niemals bei den Beſitzdienern oder bei den Beſitzvermittlern aufhören, hinter dieſen muß allemal ein Eigenbeſitzer ſtehen); der Eigenbeſitzer übt den Beſitz unmittelbar oder mittelbar; unmittelbar, in eigner Perſon oder durch Beſitzdiener; mittelbar, durch Beſitzvermittler.

Der Beſitzvermittler kann ſelber auch wieder Beſitz üben, unmittelbar, in eigener Perſon oder durch Diener, oder mittelbar, durch Aftervermittler (vgl. § 791):

> Steht der mittelbare Beſitzer zu einem Dritten in einem Verhältniſſe der in § 790, 1 bezeichneten Art, ſo iſt auch der Dritte mittelbarer Beſitzer.

Der Beſitzvermittler, der ſelber unmittelbar beſitzt, hat volles Beſitzrecht, Selbſthülfe und Gerichtshülfe; auf das Verhältniß dieſes Beſitzrechts zu dem des mittelbaren Beſitzers ſieht § 790, 2:

> Wird gegen den Beſitzer [Beſitzvermittler] verbotene Eigenmacht verübt, ſo ſtehen die in den §§ 783—84 beſtimmten Anſprüche *auch* dem mittelbaren Beſitzer zu. Im Falle der Entziehung des Beſitzes iſt, *wenn der bisherige Beſitzer* [Beſitzvermittler] *den Beſitz nicht wieder übernehmen will oder kann*, der mittelbare Beſitzer zu verlangen berechtigt, daß ihm der Beſitz eingeräumt wird. *Unter der gleichen Vorausſetzung* kann er im Falle des § 789 verlangen, daß ihm die Aufſuchung und Wegſchaffung der Sache geſtattet wird.

Man wird alſo das Beſitzrecht des mittelbaren Beſitzers kurz als ein „ſubſidiäres" bezeichnen dürfen. Die Uebertragung desſelben ordnet

> § 792. Der mittelbare Beſitz kann dadurch auf einen

Anderen übertragen werden, daß demselben der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

Ob dies die einzige Uebertragungsart sein soll, wird nicht gesagt.

## III. Ueberschau der Ergebnisse, die neuen Grundgedanken.

Keinem Fehler des Textes sind wir aus dem Wege gegangen, und haben mancherlei zu rügen gefunden, aber all diese unliebsamen kleineren Wahrnehmungen sind nicht ausschlaggebend für den Totaleindruck: die Reform des Besitzrechts ist vielleicht die kühnste und hoffentlich erfolgreichste That der neuen Kommission. Noch zwischen Ulpian und Paulus haben erhebliche Differenzen über Kardinalpunkte der Lehre bestanden; seitdem dann die Rechtswissenschaft zu neuem Leben erwacht ist, bewegen sich die heftigsten Kontroversenstürme um die einzelnen Possessionsfragen. Und wunderbar fast, zu Anfang dieses Jahrhunderts scheint es einmal als vermöge eine freilich allen früheren überlegene Geisteskraft die Stürme zu bannen und den Rätseln feste Lösungen aufzuzwingen, aber der Nachweis, daß dies doch wieder ein Schein gewesen, bleibt nicht aus, die Gegenströmung greift weiter denn je zuvor, und mit Savignys Doktrin kommt das Römische Besitzrecht selber zu Fall. Diesen Fall besiegelt der neue Entwurf.

Schon bei der Abfassung von E. I hat offenbar der Gedanke zu Grunde gelegen, das gemeine Besitzrecht einer zeitgemäßen Reform zu unterziehen, aber während die auf Beseitigung des Alten und Unbrauchbaren gerichtete Energie nicht ausreichte [6]), bewährte sich andererseits in der Darstellung

---

6) So lautet die in E. I § 797 vorangestellte Definition des Besitzerwerbs

Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache,

des Neuen keine glückliche Hand. Die zweite Leſung iſt entſchiedener und glücklicher vorgegangen, ſie ſucht den Anhalt für ihr neues Beſitzrecht ſo wenig im Römiſchen wie in einem der aus dem gemeinen Rechte herausgewachſenen Geſetzbücher, dagegen iſt der Litteratur, zumal der neueſten, die ſich mit den Verſuchen von E. I befaßt hatte, aufmerkſamſte Beachtung zu theil geworden. Die Hauptreſultate:

A. Beſitz beſteht nur an Sachen, und entſpricht allemal dem Eigenthum. Alſo nichts von den Römiſchen iuris possessio oder quasi possessio, oder gar von dem Preußiſchen (ALR. I 7, § 4): „Wer ein Recht ausübt, iſt Inhaber des Rechts"; keine Verſchiedenheit von ſuperfiziariſchem und Servitutenbeſitz, R.E. (= Entſch. d. R.Ger. in Civ.S.) VII S. 146. Freilich ſoll nach E. II ein Nießbrauch an „beweglichen Sachen" erſeſſen werden können (vgl. § 943), aber der Thatbeſtand ſetzt ſich alsdann zuſammen aus dem gemeinen Sachbeſitz und dem animus utendi fruendi. — Sicherlich wird die Frage, ob man unter „Beſitz" zu verſtehen habe allemal nur ein beſonderes Verhältniß zwiſchen Perſon und Sache, gleichſam das äußere Spiegelbild des Eigenthums, oder vielmehr eine bei der Mehrzahl der Rechte, allen welche eine dauernde Ausübung geſtatten, ſich wiederholende Erſcheinung, mit dem Abſchluß unſeres neuen Geſetzbuchs nicht zur endgültigen Entſcheidung gelangen. Sie iſt nichts weniger als ſpruchreif, nichts weniger als genügend durchdacht und durchſtritten, in manchen wichtigen Beziehungen, z. B. Beſitz von Rechten an unkörperlichen Sachen einſchließlich den Namen und ſonſtigen Bezeichnungen, ſowie von Rechten öffentlichrechtlicher Natur, kaum eben in

in Verbindung mit dem Willen, die Sache als die ſeinige zu haben,

kaum weſentlich anders als A.Preuß. L.R. I 7 § 1 u. § 8, Oeſt. b. GB. § 309, Sächſ. b. GB. 186.

Angriff genommen. Gleichwohl iſt die Beſchränkung des Beſitzes im E. II aus praktiſchen Gründen zu rechtfertigen. In dem Augenblick da man daran geht, die rei possessio (Sach- oder Eigenthumsbeſitz) durchgreifend zu reformiren, iſt es zweckmäßig, die volle Aufmerkſamkeit auf den einen Punkt zu konzentriren. Die Aufgabe an ſich iſt ausreichend ſchwer, und Thorheit wäre es, ſie noch mit den Nebenrückſichten zu belaſten: „wird das, was wir hier für den Sachbeſitz verordnen, auch auf die anderen Beſitzarten ſo oder ſo zu übertragen ſein". Beiläufig ließe ſich auch noch anführen, daß gerade die vollſtändige Vernachläſſigung, welche der Entwurf dem Rechtsbeſitz angedeihen läßt, am beſten geeignet iſt, die den Rechtsbeſitz erfordernden Momente zur Entfaltung ihres ganzen Könnens anzuregen.

B. Im Römiſchen Recht ſtehen mindeſtens drei, im gemeinen Rechte gar vier Erſcheinungsformen der einzelnen dinglichen Rechte nebeneinander:

Vollrecht,
Recht des Erſitzers, durch die Publizianiſchen Klagen geſchützt,
Recht des juriſtiſchen Beſitzers mit Interdiktenſchutz,
Recht des Detentors mit Spolienklage.

Dieſer Reichthum, der ſchon früher als Ueberfluß erkannt wurde, iſt in E. II auf zwei Gebilde reduzirt: Erſitzungen ſollen zwar noch vorkommen, für die Erſitzungszeit aber kein beſonderer Schutz gewährt werden; juriſtiſcher Beſitz und Detention ſind in Beziehung auf den Schutz einander gleichgeſtellt, wenn auch Eigenbeſitz und Mittlerbeſitz hinſichts ihres Thatbeſtandes ebenſo wie hinſichts anderer Rechtsfolgen noch auseinanderzuhalten ſind. Es bleiben alſo nur Vollrechts- (Eigenthums-)anſprüche, und Beſitzanſprüche, die wie jene ent-

weder rekuperatoriſch (vindikatoriſch) oder negatoriſch ſein können.

C. Die unter B. berührte Ausgleichung des Beſitzes mit der Detention bedingt den Bruch mit der traditionellen Beſitzthatbeſtandslehre. Savignys Doktrin iſt zweifellos entthront, wieviel von dem Römiſchen Elementenpaar, animus und corpus, noch zu erhalten ſein wird, darüber können die Anſichten auseinandergehen, vgl. unten § IV.

D. Reformbedürftig war das Recht betreffs des Eingreifens Dritter, nennen wir ſie allgemein „Beſitzhelfer". Das Römiſche Recht kennt als ſolche:

Sklaven, die wir nicht mehr haben;

Hauskinder, deren Stellung eine weſentlich andere geworden;

freie Vertreter (procurator) ohne durchgreifende Verſchiedenheiten.

Jetzt wird dieſe dritte Klaſſe in zwei zerlegt,

Beſitzdiener und Beſitzmittler,

und es werden auch die Hauskinder bei der einen oder bei der anderen ihr Unterkommen zu ſuchen haben; näheres unter § V.

E. Abgethan iſt Savignys Irrlehre, daß der Beſitz Factum und Jus, Urſach und Folge in einem Stück ſei. Zuzugeben daß dieſelbe veranlaßt war durch den ſchlechten Römiſchen Sprachgebrauch, das eine Zeichen possessio bald an den erzeugenden Thatbeſtand und bald an die erzeugten Rechtsfolgen zu knüpfen, und daß vielleicht auch die Römiſchen Juriſten bei dem Gebrauche des Wortes nicht immer recht vorſichtig geweſen (vgl. Mein R. des Beſ. b. d. Römern, S. 345 f.), immerhin bleibt es bedauerlich für unſere deutſche Jurisprudenz, daß dieſe ſchlechthin widerſinnige Behauptung ſo lange geduldig aufgenommen und weitergetragen iſt. Deſto erfreulicher iſt der logiſche Aufbau in E. II:

Thatbeſtand: § 777—78 Erwerb des Beſitzes;
§ 779 Beendigung;
§ 780 Verletzung.
Rechtsfolgen: § 781—82 Schutz durch Selbſthülfe;
§ 783—86 Gerichtshülfe.
Ergänzende Einzelheiten: § 787—93.

Daß die Rechtsfolge des Beſitzthatbeſtandes ein „Recht" iſt, dürfte hiernach wohl den Meiſten einleuchten; nach den Erfahrungen aber, die an dem Römiſchen „ius possessionis" gemacht ſind, und bei der unleugbaren Schwierigkeit, über den Begriff des „ſubjektiven Rechts" Einigung herbeizuführen, wird man immerhin auf einigen Widerſpruch gefaßt bleiben mögen. Da die Frage in ihrer vulgären Faſſung „iſt der Beſitz ein Recht?", für die Details des Beſitzrechts von wenig Belang iſt, und Bedeutung nur erhält als Glied der großen theoretiſchen Frage, „welche Rechtsgebilde fallen unter den Begriff und ſind demgemäß mit dem Namen des ſubjektiven Rechts zu bezeichnen?", ſo iſt hier jedes nähere Eingehen auf dieſelbe vermieden, gleichwol aber anſtandslos der Beſitz, oder genauer geſprochen, die Rechtsfolgen des Beſitzthatbeſtandes als „Recht" betrachtet und „Recht" geheißen worden.

## IV. Thatbeſtand des Beſitzerwerbs (Ihering—Bekker); ſubjektive Erwerbsfähigkeit.

Zu den anerkannten Hauptvorzügen unſeres Handelsgeſetzbuchs gehören ſeine vielen Lücken; je vollſtändiger ein Geſetzbuch zu ſein beſtrebt iſt, deſto mehr drückt es den ganzen Juriſtenſtand hinunter. Wir werden alſo auch dem neuen Geſetzbuch ſicher nicht verübeln, wenn es bewußt Lücken läßt, gewiße Fragen ganz übergeht, bei andern nur einen Namen giebt, in welchen die Entſcheidung in einem oder dem anderen Sinne hineinzuſetzen iſt.

So iſt der Ramen für den Thatbeſtand des Beſitzerwerbes:

thatſächliche Gewalt über eine körperliche Sache, aber kein animus domini (das „als ihm gehörig“ § 733 iſt ein neues Stück, das zu dem Thatbeſtande des gemeinen „Beſitzes“ hinzukommt, und dieſen zum „Eigenbeſitz“ ſtempelt, der beiläufig bemerkt nicht anders geſchützt wird als der gemeine).

In dieſen Ramen ſcheinen zu paſſen zwei kurz geſagt „Beſitzlehren“, die Iherings (am beſten zuſammengefaßt in der in dieſen Jahrb. XXXII 1, S. 41—98 wiederabgedruckten Abhandlung), und meiner eigenen (gleichfalls in dieſen Jahrb. XXX 5, insbeſondere S. 310—32). Dritten gegenüber ſtehn wir, Ihering und ich, in den meiſten Hauptſachen treu zuſammen, andererſeits trennen uns nicht unerhebliche Differenzen.

Ihering:

α) erworben wird der Beſitz nur durch einen Willensakt, „Apprehenſionsakt“, deſſen beiſpielsweiſe Kinder und Wahnſinnige in eigner Perſon nicht fähig ſind (vergl. a. a. O. S. 76—77);

β) „corpus“ iſt die Bethätigung des Willens („animus“) im Apprehenſionsakt. „Der Geſichtspunkt, den die herrſchende Lehre für das corpus aufſtellt, iſt die phyſiſche Gewalt oder faktiſche Herrſchaft über die Sache ... Er iſt ein gänzlich verfehlter“. (a. a. O. S. 77 f.);

γ) beim Beſitze iſt die Fortdauer des thatſächlichen Verhältniſſes Vorausſetzung des Anſpruchs auf Rechtsſchutz, der Beſitzer hat nur ſo lange ein Recht, als er beſitzt.

Bekker:

α) Der Beſitz wird wohl gewöhnlich aber nicht ausnahmslos durch Willensakt erworben, ſondern auch dadurch daß

eine Sache ohne unſer Zuthun, in unſern Gewahrſam kommt, darum erſcheinen auch Kinder und Wahnſinnige nach Umſtänden beſitzerwerbsfähig;

β) die genaue Unterſcheidung von animus und corpus iſt nach E. II ſogut wie werthlos, dagegen die Herſtellung eines Zuſtandes, der dem Ausdrucke „thatſächliche Gewalt“ in § 777 entſpricht, unerläßlich;

γ) iſt der Beſitz (= Recht) einmal erworben, ſo dauert derſelbe fort, unabhängig von dem weiteren Beſtande der den Erwerb begründenden Thatſachen, bis aufhebende Thatſachen eintreten.

Zur Mehrung der Klarheit wird es zweckmäßig ſein, einiges über die Begründung der beiden Anſchauungen vom Beſitzrechte anzuſchließen. Ihering trägt a. a. O. als Lehre des Römiſchen Rechts, Theorie der Pandektenjuriſten, vor:

Dem Eigenthümer iſt der Beſitz für die ökonomiſche Verwerthung ſeines Eigenthums unentbehrlich;

der Beſitz iſt Vorausſetzung der Entſtehung, iſt Grund eines Rechts;

der Beſitzſchutz iſt gedacht als erleichterter Eigenthumsſchutz;

der Erwerb des Beſitzes kann nur durch eine ſpeziell darauf (auf das Ergreifen der Sache) gerichteten Willensakt der Perſon (Apprehenſionsakt) vermittelt werden; die bloße Erklärung des Willens (animus) iſt zur Aneignung des Beſitzes nicht genügend, es bedarf der realen Bethätigung desſelben (corpus).

Dieſe geſchichtliche Deduktion iſt gleich, nachdem ſie in die Oeffentlichkeit getreten, durch den von Ihering ſelber beſonders in Beſitzfragen hoch geſtellten Bruns entſchieden beſtritten, und hat bis auf dieſen Tag viel mehr Gegner als Freunde gefunden. Abgeſehen von allem andern ſcheint durch-

ſchlagend dawider, daß im Interdiktenprozeß keine Einreden aus dem beſſeren Rechte an der Sache zugelaſſen werden, während beiſpielsweiſe bei der A. Publiciana, einer zweifellos zum Schutze des beginnenden Eigenthums erfundenen Klage, die exceptio iusti dominii eingeführt iſt. Aber wenn auch die Römer dieſen Gedanken, den Beſitz als Eigenthumsposition zu ſchützen, nie gehabt haben ſollten, der Gedanke ſelber wird dadurch nicht ſchlechter, und verliert namentlich nichts von ſeiner Brauchbarkeit für den Ausbau unſeres heutigen Rechts. Freilich könnte E. II § 785, daß gegenüber den Beſitzklagen eine Berufung auf beſonderes Recht im allgemeinen nicht („nur zur Begründung der Behauptung, daß .... nicht verbotene Eigenmacht ſei") geſtattet ſein ſollte, uns ſtutzig machen und Bedenken erwecken gegen die Verträglichkeit des neuen Rechts mit Iherings Theorien, doch iſt der Zuſammenhang zwiſchen Ihs. legislativer Begründung und den praktiſchen Ergebniſſen kein ſo inniger, daß man nicht jene fallen laſſen und gleichwohl den Beſitzerwerbs-Thatbeſtand nach Ihs. Verlangen normiren könnte. Im Gegenſatze zu Ihering lege ich auf die legislative Begründung des Beſitzrechts nur geringes Gewicht, könnte aber[7]) mit Savigny und der nach Ihering (dieſe Jahrb. XXXII S. 57) zur Zeit noch herrſchenden und wie es ſcheint auch von der zweiten Kommiſſion gebilligten Meinung denſelben ſuchen „im Intereſſe der Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung". Ihering ſelber ſagt: „dieſer polizeiliche Grund des Beſitzſchutzes habe etwas höchſt einleuchtendes", nur ſtimme er nicht zu der Geſtaltung „des Beſitzſchutzes im Römiſchen Recht"; gegen die Entwickelung eines neuen Beſitzrechtes auf demſelben Ge-

7) Abgeſehen ſelbſtverſtändlich von der geſchichtlichen Entwickelung der interdicta retinendae possessionis bei den Römern; über dieſe Mein R. d. Beſ. § 17—20.

danken, dürfte alſo auch Ihering kaum etwas zu erinnern gehabt haben.

Für eine Auslegung der fraglichen Punkte von E. II im Sinne der Ihering'ſchen Theorie ſpricht, daß damit der Anſchluß an das Römiſche Recht, und an das bisher in unſerer Praxis (wenigſtens in Bauſch und Bogen) übliche gewahrt bleibt. In konkreten Beſitzſtreitfällen hat das Herausſtifteln von animus und corpus ſchon manchem gewiſſenhaften Praktiker Noth und Sorge bereitet, der endlich ermüdet zu Präſumptionen und Fiktionen gegriffen, um ihn über die ſonſt nicht zu überbrückenden Klüfte fortzutragen; gleichwohl dürfte die Annahme eines Beſitzrechts, das von vornherein den animus für entbehrlich erklärt, noch immer Vielen als tollkühner Sprung ins Blaue erſcheinen. Hierzu kommt, daß der Begriff des Gewahrſams weder mit kurzer Wortformel zu definiren, noch durch wenige Beiſpiele nach außen hin ſicher abzuſchließen iſt: ein Produkt unſerer Lebens- und Verkehrsgewohnheiten, wird es vielmehr des genaueſten Studiums dieſer Gepflogenheiten bedürfen, um zu feſten Ergebniſſen zu gelangen.

Uebrigens iſt die Annahme eines auch ohne Willensakt zu erwerbenden Gewahrſams durchaus nichts neues. Man vergl. APrLR. I 7:

§ 1. Wer das phyſiſche Vermögen hat über eine Sache mit Ausſchließung Anderer zu verfügen, der hat ſie in ſeinem Gewahrſam, und wird Inhaber derſelben genannt.

§ 43. Niemand kann ohne oder wider ſeinen Willen wirklicher Beſitzer einer Sache werden, wenngleich dieſelbe in ſeiner Gewahrſam ſich befindet.

§ 138. Wer eine Sache ohne es zu wiſſen in ſeiner Gewahrſam hat, überkommt erſt nachdem er

Wiſſenſchaft davon erhalten, die Pflichten eines Inhabers. Auch im Strafrecht iſt der ohne Wiſſen und Willen beſtehende Gewahrſam kein Fremdling mehr, wenn auch in der Litteratur über die ihm zukommende Bedeutung geſtritten wird. Man bedenke etwa folgenden Fall: Aus meiner Bibliothek ſind 100 Bände geſtohlen, von denen 20 erſt vor wenigen Tagen ein Freund von mir, der mich beſchenken wollte, ohne mein Vorwiſſen eingeſtellt hat; bei dem Diebſtahl weiß ich von deren Dortſein noch nichts, ſind deshalb dieſe 20 Bände nicht geſtohlen, oder doch nicht *mir* geſtohlen? und falls allein dieſe 20 Bände fortgenommen werden, ſo wäre nichts geſtohlen? Rationell hat das Reichsgericht entſchieden, RE. in Str. S. V 77: „zum Gewahrſam einem lediglich faktiſchen Zuſtande, gehört nicht nothwendig Kenntniß von dem phyſiſchen Vermögen mit Ausſchließung Anderer über die Sache zu verfügen"; und ebenda V 74: „der Depoſitar hat den Gewahrſam (im Sinne von RStrGB. 242, 246) einer verſchloſſenen Sache nicht blos an der Hülle, ſondern auch an dem Inhalt".

Bei oberflächlicher Vergleichung von E. I mit E. II könnte vielleicht der Gedanke entſtehen, daß ſchon der Text von E. II eine Entſcheidung in unſerem Sinne gebe. E. I 797 lautete:

> Der Beſitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatſächlichen Gewalt, über die Sache (Inhabung), *in Verbindung mit dem Willen des Inhabers*, die Sache als die Seinige zu haben. (*Beſitzwille.*)

Daraus iſt E. II 777, durch Streichung des zweiten, auf den Beſitzwillen bezüglichen Satzes, hergeſtellt. Sodann iſt E. II 800:

> Eine geſchäftsunfähige Perſon kann nicht durch eigene Handlungen Beſitz erwerben.

einfach geſtrichen. — Beides ſcheint, wenngleich beachtenswerth, doch nicht ſchlechthin durchſchlagend. Nach E. II 777 wird Beſitz erworben „durch Erlangung der thatſächlichen Gewalt"; und genau geſprochen „erlangen" wir nur, wonach wir „gelangt" haben, nicht was ohne unſer Wiſſen und Wollen uns zufällt[8]). Zu E. I 800 aber bemerken die Protokolle nach Reatz „geſtrichen weil ſelbſtverſtändlich".

Einige Unterſtützung findet unſere Auffaſſung dann wieder durch E. II 825:

> Früchte, die .... auf ein Nachbargrundſtück hinüberfallen, gelten als Früchte dieſes Grundſtücks.

Alſo kommen ſie in das Eigenthum des Herrn dieſes Grundſtücks, und doch wohl auch in den Beſitz deſſelben? Wer das bejaht, hat unweigerlich die Möglichkeit anerkannt, daß Beſitz ohne Wiſſen und Wollen erworben werden kann. Wer es leugnet, wird weitere Auskunft geben müſſen, in weſſen Beſitz die übergefallenen Früchte gerathen, denn daß ſie im Beſitz des Herrn vom Baum verbleiben, wird Niemand glauben. Einſtweilen in den Beſitz von Niemand? Alſo wäre auch kein Diebſtahl daran zu begehen? Und durch welchen Akt erwirbt nachträglich den Beſitz der Herr des Grundſtücks auf das ſie gefallen? Durch bloßes Beſehen, oder Nachzählen oder gar Anfaſſen, Aufnehmen? — Sicherer ſind die Beſitzverhältniſſe im § 789 geregelt: die Sache, die auf das im Beſitz des Andern befindliche Grundſtück gelangt, kommt dadurch allein noch nicht in den Beſitz des Andern.

---

8) Wir „erlangen", wonach wir „gelangt", wie wir „erwerben" warum wir „geworben" haben. Hier iſt der juriſtiſche Sprachgebrauch unzweifelhaft ein klarer, Niemand trägt Bedenken zu ſagen: Der Suus erwerbe die Erbſchaft ohne ſein Wiſſen und Wollen. Für das „Erlangen" wird ein gleiches Nachlaſſen der Strenge ſchwer zu erweiſen ſein.

## V. Thatbeſtand des Beſitzverluſtes.

Es wird kaum zu beſtreiten ſein, daß einzelne Römiſche Juriſten der Anſicht geweſen: die Dauer des Beſitzes als Recht („ius possessionis") ſei an den Beſtand eines gewiſſen thatſächlichen Verhältniſſes geknüpft. Aber ſelbſt Paulus, von dem manche hier anklingende Aeußerung uns erhalten iſt, muß bekennen fr. 3 § 7 de adq. u. am. p. 41, 2: „. . . si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides". Desgleichen iſt es bekannt, daß der Sklave weder durch Entlaufen noch durch Dejektion meinen einmal begründeten Beſitz brechen kann: der Menſch, von deſſen weiterer Exiſtenz ich nichts weiß, hält ſich hunderte von Meilen entfernt von mir auf, gleichwohl beſitze ich ihn, und durch ihn alles was er ſonſt ſelber beſitzen würde. Gerade in dieſen Fällen helfen ſich die Römer mit dem ihnen geläufigen Auskunftsmittel der Fiktion: „animo retinere possessionem" (vgl. Mein R. d. Beſ. b. d. Röm. S. 228 f.), die Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Thatbeſtandes, geknüpft an die Fiktionsbaſis, daß man den Beſitz früher thatſächlich erworben und ſpäter nicht thatſächlich aufgegeben hat.

Auch Ihering (a. a. O. S. 71) ſteht noch unter dem Banne dieſer Römiſchen Denkgewohnheiten. Er erkennt die Singularität als ſolche vollſtändig, aber er weiß nicht von ihr loszukommen, „es iſt mal ſo":

> Bei allen anderen Rechten löſt ſich das Recht von der erzeugenden Thatſache . . . . ſofort wenn es entſtanden iſt, ab, . . . . aber bei dem Beſitze iſt die Fortdauer des thatſächlichen Verhältniſſes, Vorausſetzung des Anſpruchs auf Rechtsſchutz u. ſ. w.

Ihering überſieht hier nur das eine, daß dieſer Satz

in Wirklichkeit nichts iſt als ein Stück der von ihm übrigens ſo tapfer bekämpften Begriffsjurisprudenz.

Viel beſſer als zu Iherings könnte der ſelbige Satz zu meiner Beſitzerwerbstheorie zu paſſen ſcheinen:

was in meinem Herrſchaftsbereich („häusliche Gewalt", „Gewahrſam") gelangt iſt, daran habe ich das Beſitzrecht (Selbſthülfe und Gerichtshülfe wider eigenmächtige Eingriffe),

was aus meinem Herrſchaftsbereich hinausgelangt iſt, daran habe ich kein Beſitzrecht mehr.

Gleichwohl muß ich ihn auf das entſchiedenſte ablehnen; ſchon weil ich nicht bloß die eine Art des Beſitzerwerbs, durch in den Gewahrſam Kommen, ſondern ebenſo die andere, durch Zugreifen anerkenne, und nicht zugeben könnte, daß der in der einen Weiſe erworbene Beſitz (= ius possessionis) anders zu beendigen wäre als der anders erworbene. Jedes Beſitzrecht erliſcht, ſobald eine aufhebend wirkende Thatſache eintritt, nie früher. Welche Thatſachen ſind dies? Nach E. II 779 diejenigen, welche bewirken,

daß der Beſitzer die thatſächliche Gewalt über die Sache verliert.

Alſo:

A. Wenn die Sache der „thatſächlichen Gewalt" der Menſchen überhaupt entzogen wird, untergeht, an unzugänglichen Ort gelangt, u. ſ. w.;

B. wenn „der Beſitzer die thatſächliche Gewalt aufgiebt", Uebergabe und Dereliktion;

C. wenn „der Beſitzer die thatſächliche Gewalt in anderer Weiſe verliert".

Dies kann geſchehen,

a) Dadurch, daß ein Anderer die thatſächliche Gewalt für ſich (nicht nach § 778 oder nach § 790) erwirbt. Es ſcheint

daß E. II., abgeſehen von den Fällen der Beſitzvermittelung, die Ausſchließlichkeit des Beſitzrechts in vollem Maße wahren will: ſchlägt die Selbſthülfe des § 781 durch, ſo iſt der Eigenmächter ein Beſitzer geworden, andererſeits hört der Beſitz an der Sache, welche auf ein in fremdem Beſitze befindliches Grundſtück (§ 789) gelangt iſt, auf, ſobald ein Anderer dieſelbe „in Beſitz" nimmt (vgl. auch unten VI a. E.).

b) Ohne und jenachdem vor dem daß ein Anderer Beſitz erwirbt. Die hierher gehörige Gruppe von Fällen ſcheint am wenigſten geneigt, ſich feſt abſchließen zu laſſen. Zunächſt haben wir wieder auf den Gewahrſam zu ſehen: ſolange die Sache in dem Bereich meiner Gewalt verbleibt, auch wenn ich nicht weiß wo ſie ſich befindet, und deshalb augenblicklich außer Stande bin die thatſächliche Gewalt zu üben („vergeſſene, verlegte und verſteckte Sache"), verbleibt dieſelbe in meinem Beſitze. Aber die Sachen könnten auch aus dieſem Bereich herausgekommen ſein, und einſtweilen doch noch in meinem Beſitz, dem nach § 781 und §§ 783, 784 zu übenden Rechte verbleiben: ein Beiſpiel giebt § 789, mein Hund geht zuweilen ſelbſtändig auf Reiſen, pflegt aber nach ein bis zwei Tagen in mein Haus zurückzukehren; mein Gaul hat mich auf fremdem Territorium abgeſetzt und jagt davon; beim Brande ſind meine Möbel mit denen Anderer untermiſcht von Unbekannten auf die Straße geſetzt; bei Waſſersnoth ſind Sachen von mir nicht allzuweit fortgeſchwemmt. So im allgemeinen woraus aber für die Entſcheidung der Hauptfrage nicht viel zu entnehmen iſt.

Für mich beſteht die Hauptſchwierigkeit darin, dem „Gewahrſam" oder der „häuslichen Gewalt" durch relativ feſte Umgrenzung die erforderliche Konſiſtenz zu geben. Um nicht alles ſchon einmal in dieſen Blättern vorgebrachte (vgl. XXX 5, insb. S. 318 f.) zu wiederholen, möchte ich nur auf

Einzelnes hervorheben. Der Gewahrſam geſtattet eigenartige Einſchachtelungen. Wenn A ſein Haus ſelber bewohnt, hat er die häusliche Gewalt über das ganze; vermiethet er ein Stockwerk an B, ſo erhält (ſobald er einzieht) dieſer den Gewahrſam davon; B kann den C als Aftermiether bei ſich aufnehmen; D mit Erlaubnis von C einen verſchließbaren Schrank hier aufſtellen, in dem Schranke des D ſteht ein verſchloſſener Kaſten des E, in dieſem liegt ein verſiegeltes Couvert das F dahineingethan. Wenn X in die Wohnung des G eintritt, ſo bleiben Hut, Mantel, Regenſchirm, auch wenn er ſie ablegt, in ſeinem (des X) Gewahrſam. Ich behaupte, daß wir in unſerm geſellſchaftlichen Verkehr ein durchaus richtiges Gefühl dafür beſitzen, wieweit der Gewahrſam des Einen reicht und wo der des Andern beginnt, was aber ſelbſtverſtändlich einſtweilen nicht ſo fein entwickelt ſein kann, daß alle Zweifelsfälle ausgeſchloſſen wären. Z. B. im Gedränge ſteckt mir ein Taſchendieb, der ſich verfolgt glaubt, geſtohlenes Gut zu, Doſe, Portemonnaie, Brillantringe, ohne daß ich davon merke: habe ich „thatſächliche Gewalt" über dieſe Sachen? Kommt etwas darauf an, wo der Dieb ſie hingeſteckt, in welches Kleidungsſtück von mir, in welche Taſche? in meine Handſchuhe? vielleicht gar in meine Hand? (ich bin etwas unempfindlich und ſehr zerſtreut) gewinne ich die thatſächliche Gewalt, ſobald ich merke, daß die Sachen da ſind? oder genügt auch dies Wiſſen nicht, und bedarf es noch eines Wollens, einer Willensäußerung, und zwar welcher? Analog folgendes: von verſchiedenen Kaufleuten ſind mir unbeſtellte Waren, Bücher, Zigarren, Handſchuhe, Taſchentücher, ins Haus geſchickt (Realofferten), ohne daß ich davon erfahren; ſie lagern in meinem Ankleidezimmer, die Boten der Geſchäfte haben ſie dort niedergelegt. Nun heiße ich den Diener meinen Koffer packen, ohne mein Wiſſen und durchaus gegen meinen Willen packt er von dieſen Sachen

mit ein; am andern Morgen bin ich damit jenſeits der Alpen. Habe ich nun ſchon die „thatſächliche Gewalt" über dieſe Sachen, die ich in welchem Augenblicke erlangt hätte? oder bekomme ich ſie erſt, wenn ich erfahre, daß die Sachen bei mir ſind (mein Diener hat vielleicht ein Verzeichnis der eingepackten Stücke oben aufgelegt), oder bedürfte es meiner eigenen Sinneswahrnehmung? oder genügt auch die noch nicht, ich muß etwas wollen oder thun, und zwar?

Man darf aber die hier hervortretende Grenzunſicherheit auch nicht allzu tragiſch nehmen: es iſt das ein Unheil, das unſere ganze Jurisprudenz durchzieht, nirgends völlig zu bannen iſt, am wenigſten in der Beſitzlehre, gleichviel ob man dem alten oder auch Iherings Dogma folgt. Betrachten wir einige Fälle des Beſitzerwerbs, bei denen über das Daſein und Wirken des Willens kein Zweifel beſteht.

Erſtlich den bekannten oft beſprochenen: ein Arbeiter ſteht im Walde, wo niemand ihn ſieht, hört, mit ſcharfem Beil neben dem jungen Baum, den er nach Belieben umhauen kann; wir werden ſagen, daß er die thatſächliche Gewalt noch nicht erlangt hat, aber in der Lage iſt, ſie beliebig zu erwerben und wohl auch auszuüben, ſich zum Inhaber, Beſitzer zu machen. Nun folgen wir dem weiteren Verlauf: er fällt den Baum wirklich, ſtutzt ihn zurecht für ſein Bedürfniß, erſt mit dem Beil dann mit dem Meſſer, ſchneidet ſich den Stock zurecht, wie er ihn braucht, und geht damit ab. Jetzt hat er die thatſächliche Gewalt zweifellos erlangt, aber in welchem Augenblick? Mit dem erſten Beilhieb? Mit dem letzten? Dem Umfallen des Bäumchens? Der völligen Trennung vom Boden? Der Herſtellung eines transportablen Stückes? Wo treffen wir auf den eigentlich entſcheidenden Punkt? Zwiſchen dem erſten Stehenbleiben und dem endlichen Fortgehen liegt bald eine Stunde.

Oder: im Juwelenladen laſſe ich mir Schmuckſachen zeigen.

Wann erlange ich die „thatſächliche Gewalt“? wenn ſie auf den Ladentiſch gebreitet werden, ſo daß ich beliebig zulangen kann? Oder, wenn ich ein (vielleicht beſonders werthvolles Armband) in die Hand nehme? Damit ans Fenſter, in die Thür trete, um es beſſer zu ſehen? Wenn ich es vermeintlich unbemerkt in die Taſche ſtecke? Oder wenn niemand im Laden vom Geſchäftsperſonal als ein Kind, und etwa noch eine alte Frau, unfähig mich zurückzuhalten falls ich etwa durchgehen wollte, wenn ich auf die Straße trete, die Gelegenheit benutze und verſuche mit dem Schmuck zu entkommen? Vielleicht in einen dazu beſtellten Wagen mit ſchnellen Juckern ſpringe?

Bei alledem ſoll durchaus nicht geleugnet werden, daß auch in Zukunft der Beſitz in den weitaus meiſten Fällen durch Handlungen des Erwerbenden, animus und corpus wie Ihering will, gewonnen werden wird. Nur meine ich, man reiche damit nicht aus. Nach wie vor bleiben:

α, occupatio, Aneignung, Erwerb durch einſeitiges Thun des Erwerbers,

β, traditio, Uebertragung, durch ineinandergreifendes Handeln des alten und des neuen Beſitzers;

aber hinzukommen muß zu dieſen beiden

γ, Erwerb der thatſächlichen Gewalt (in Gewahrſam bekommen) ohne alles eigne Zuthun.

Ich fordere dies ex aequitate moderna, aus einem weitverbreiteten Billigkeitsgefühl, das auf die Dauer nicht zurückgehalten werden kann, im Intereſſe der Willensfähigen ebenſo wie der Willensunfähigen. Sind die mir geſchuldeten (vielleicht ſchon bezahlten) Waaren abgeſandt an mich, angelangt während ich und irgend ein ſei es Beſitzvermittler oder Diener von mir nicht zur Stelle, niedergelegt in meinen Räumlichkeiten, („in meinem Gewahrſam“), ſo dürfen ſie ohne

meinen Willen aus dieſem nicht wieder entfernt werden, ſie bleiben mein, auch wenn über den Abſender der Konkurs ausbricht, bevor ich von dem Einbringen erfahren. — Nur ſo kommen wir zur vernünftigen Erklärung des unumgänglichen Satzes, daß der Beſitzer des geſchloſſenen Behälters (Kiſte, Kaſten, Koffer, Schrank u. ſ. w.), auch Beſitzer des ganzen Inhalts iſt, gleichviel ob er ihn kennt oder nicht, während der Willenstheorie keine Rechtfertigung desſelben ohne Fiktionen oder andere unliebſame Künſteleien gelingt.

Und auch die Willensunfähigen dürfen nicht ganz ohne Beſitzſchutz gelaſſen werden, Kinder und Wahnſinnige. Der Satz, daß infantes und furiosi gänzlich willensunfähig ſind, hat genau beſehen nicht viel mehr Sinn, als der, daß die Sklaven res ſeien. Zu Botendienſten ſind ſicher manche zu gebrauchen, auch zur Ausrichtung von mündlichen Beſtellungen.

Die bezüglichen Vorſchriften lauten jetzt E. II § 78:

Geſchäftsunfähig iſt:

1) Wer das ſiebente Lebensjahr nicht vollendet hat,
2) wer ſich in einem Zuſtande krankhafter Störung der Geiſtesthätigkeit befindet, durch den ſeine freie Willensbeſtimmung ausgeſchloſſen wird;
3) wer wegen Geiſteskrankheit entmündigt iſt.

Sollen die Kinder unter ſieben Jahren gänzlich beſitzunfähig ſein? Sie könnten auch keinen Schatz finden (vgl. den ſchönen von Ihering Zivilrechtsf. Nr. 78 berichteten Fall und dazu E. II § 898 „. . . . in Folge der Entdeckung in Beſitz genommen . .")? Genießen ſie auch keinen Beſitzſchutz an Kleidern, Ohrringen, Schulmappen, an den Waaren die ſie vom Krämer geholt? Oder ſagt man: hier fungiren ſie als Beſitzdiener der Eltern; aber wenn das Kind nun die Eltern verloren, im Augenblick vielleicht auch keinen Vormund

oder anderen Pfleger hätte. — Auch bei dem krankhaft Geſtörten (78,2) ließen ſich leicht Fälle entdecken, wo die Verſagung der Beſitzerwerbsmöglichkeit zu den größten Härten führen müßte. Gänzlich undurchführbar aber erweiſt ſich die Beſitznegation bei dem Entmündigten (78,3); derſelbe möchte inzwiſchen vollkommen geneſen und wie ein Geſunder zu halten ſein, einſtweilen aber bleibt er entmündigt, bis die Entmündigung durch Erkenntniß wieder aufgehoben iſt, und darüber können zum mindeſten Monate vergehen. Aus einer in ſolchen Fällen ſtreng durchgeführten Beſitzſperre ergeben ſich die widerſinnigſten Konſequenzen. Beiläufig iſt es wohl auch nicht ganz logiſch, dem Entmündigten die Geſchäftsfähigkeit gänzlich abzuſprechen, zugleich aber ihm zu geſtatten, die Wiederaufhebung der Entmündigung ſelber zu beantragen (RCPO. 625), ſo wenig gegen dieſe Beſtimmung ſachlich zu erinnern iſt.

Alles zuſammengefaßt werden ſich hier die Regeln bewähren, daß der Beſitz verloren geht nur dann, wenn entweder ein Anderer der Beſitz ergreift, oder wenn Umſtände eintreten, die unwahrſcheinlich machen, daß ich ſelber noch je in die Lage kommen werde, die mir entgangene thatſächliche Gewalt zurückgewinnen. Eine Schwierigkeit bereiten „verlorene Sachen", darum zumal, weil die Entſcheidung der Frage, ob verloren oder nicht, bisweilen nichts weniger als einfach iſt: ſolange die verlorene Sache ungefunden, verbleibt ſie dem alten Beſitzer, es kann „verbotene Eigenmacht" daran begangen werden; der Finder iſt entweder ehrlich (wenn er nach Maßgabe von E. II § 770 f. handelt) oder nicht, im erſten Falle wird man ihn zu den Beſitzvermittlern (§ 790) zu rechnen haben, folglich bleibt der Verlierer („mittelbarer") Beſitzer, im anderen wird der Finder

Beſitzer, hat aber die Folgen verbotener Eigenmacht, ſowie des Verſtoßes gegen § 880 f. zu tragen.

## VI. Mitwirkung Dritter: Beſitz Mehrerer.

Die Mitwirkung Dritter iſt von Bedeutung ebenſo für den Erwerb (adipisci possessionem) wie für die Erhaltung (retinere p.) des Beſitzes. Nach Römiſchem Recht kann beides „per seruum" und nicht viel anders „per filium", oder „per procuratorem" geſchehen. Es lag auf der Hand, daß die Aenderungen die das gemeine Recht angebahnt hatte, erheblich weiter geführt werden mußten. Was E. II hier bietet, iſt als etwas vollkommen neues aufzuführen: wie die „dominica" iſt die „patria potestas" aller Bedeutung entkleidet, und ein neuer Gegenſatz, wie er den Erſcheinungen des Lebens ſpeziell bei dem Beſitzerwerbe und der Beſitzerhaltung entſpricht zur Einführung gelangt: fortab werden wir zwei weſentlich verſchiedene Klaſſen derjenigen haben, die nach Römiſcher Sprachweiſe eben als procuratores zu bezeichnen geweſen wären:

Beſitzdienern, nach E. II § 778 (E. I enthielt nichts verwandtes, dagegen findet ſich das Vorbild in den Bemerkungen d. K. Pr. Juſtizminiſteriums zu E. I als projektirter § 793a);

Beſitzvermittler oder kürzer Beſitzmittler nach E. II 790 (mit entfernter Anlehnung an E. I 821).

Der Beſitzdiener iſt nicht Beſitzer (§ 778 a. E.), ſondern Organ des Beſitzers, hat aber gleichwohl das Recht der Selbſthülfe wider Dritte (§ 782), nicht wider den Beſitzer; ſelbſtverſtändlich hat er eigenes Klagrecht wider Niemand. Der Beſitzmittler iſt ſelber Beſitzer (vgl. § 790, 1), hat als ſolcher Selbſthülfe und Gerichtshülfe wider Dritte (vgl. § 790, 2)

wie gegen den mittelbaren Beſitzer. Man könnte das etwa auch ſo faſſeu: Der Beſitzdiener übt thatſächliche Gewalt in fremdem Namen und aus fremdem Recht, der Beſitzmittler im eigenen Namen und aus eigenem aber freilich zeitlich begrenztem Recht. Und umgekehrt: wer durch Beſitzdiener beſitzt, hat die Sache im eigenen Gewahrſam, iſt wirklicher (unmittelbarer) Beſitzer, der in der Gewaltausübung durch die Thätigkeit Anderer unterſtützt wird; wer durch Beſitzmittler beſitzt, hat die Sache nicht im eigenen Gewahrſam. Die Sache iſt im Gewahrſam des Vermittlers, aber wegen der beſonderen Beziehungen, die zwiſchen dieſem und jenem beſtehen, wird der Gewahrſam von dieſem jenem zugerechnet, und auch jener gilt als Beſitzer, doch nur als „mittelbarer“ [9]).

Der Beſitzdiener hat ſofort „den ſich auf die Sache beziehenden Anweiſungen“ des Beſitzherrn Folge zu leiſten; eventuell ſteht dem Beſitzherrn wider ihn Selbſthülfe (§ 731), und wo ſie nöthig würde Gerichtshülfe (§ 783—84) zu. Ein ſolches Beſitzdienerverhältniß beſteht in einem „Haushalt“, in „Erwerbsgeſchäften“ und in „ſonſtigen Verhältniſſen“. Dieſer ſonſtigen Verhältniſſe giebt es viele und mannigfaltige:

Soldaten haben an Waffen, Munition, Uniform wohl Beſitz (§ 790), aber an anderen Sachen, die ihnen dienſtlich zu Transport, Reinigung u. ſ. w. übergeben werden, nur die Uebung thatſächlicher Gewalt als Diener; nicht anders die civilen Subalternbeamten.

Gepäckträger, Dienſtmänner ſind regelmäßig nur Beſitzdiener der Reiſenden und anderer Auftraggeber; anders wohl die Portiers auf Bahnhöfen, die berechtigt ſind Gepäck in Verwahrung zu nehmen, hier muß § 790 eintreten. Zweifelhaft

9) Daß wo „mittelbare Beſitzer“ und „Beſitzvermittler“ einander gegenüberſtehen, dieſe das ſtärkere Beſitzrecht haben, daran läßt E. II 790 keinen Zweifel, jene ſind „Auch beſitzer“.

werden die dazwiſchenliegenden Fälle: der Gepäckträger ſoll ſelber meine Sachen ein paar Stunden lang, oder nur eine, eine halbe, zehn Minuten in ſeiner Hut behalten; wo iſt hier die Grenze zu ziehn?

Aber auch wenn ein guter Freund dem andern Gepäckſtücke trägt aus Gefälligkeit, macht er ſich in Beziehung auf dieſe zu deſſen Beſitzdiener; ſo könnten zu gleicher Zeit A Diener des B in Beziehung auf $\beta$, und B Diener des A in Beziehung auf $\alpha$ ſein; es könnte die Frau Beſitzdienerin des Mannes, ebenſogut der Mann Beſitzdiener der Frau ſein; gewöhnlich werden Kinder als Beſitzdiener der Eltern auftreten, aber undenkbar iſt auch der umgekehrte Fall nicht, wo die Kinder ſelbſtändig beſitzen dürfen, können ſie nach Umſtänden auch die Eltern zu Beſitzdienern haben.

Das Charakteriſtiſche iſt durchweg: Verhältnis bei dem nach den Gebräuchen unſeres Verkehrs der Eine dem Andern gegenüber, ſoweit die thatſächliche Gewalt über die Sache in Frage ſteht, durchaus keinen eigenen Willen hat, ſondern ſchlechthin den Willen des Andern zur Ausführung zu bringen gehalten iſt. Dagegen dürfte kein Gewicht auf den Grund der Beſitzdienerſchaft zu legen ſein, ob dieſelbe aus einem dienſtlichen, verwandtſchaftlichen, geſchäftlichen, freundſchaftlichen ꝛc. Verhältniß hervorgegangen; die rechtliche Stellung des Beſitzdieners als ſolchen bleibt von dieſen Verſchiedenheiten unbeeinflußt.

Daß an einigen Stellen die Frage auftauchen kann, ob Beſitzdiener oder Vermittler[10]), iſt ſchon angedeutet. Bei der

---

10) Ein hübſches Beiſpiel der unter Umſtänden auftauchenden Zweifel giebt Bo. XII 30: Der Ehemann behält die Stücke (Werthpapiere) im eigenen Bett, übergiebt aber Talons und Koupons der Ehefrau zum Verſchluß in ihrem in der gemeinſchaftlichen Wohnung befindlichen Sekretär.

Unmöglichkeit, allgemein durchſchlagende Prinzipien der Löſung ausfindig zu machen oder ſämmtliche hergehörige Fälle einzeln zu diskutiren, wird man die Beantwortung ausſtehen laſſen dürfen, bis das Leben ſie fordert. Und zwar ſtehen in Ausſicht:

a) Differenzen zwiſchen dem Gewaltübenden und Dritten. Beſitzdiener und Beſitzmittler haben das Recht der Selbſthülfe, der Gerichtshülfe aber nur die Mittler. Beſtreitet der Dritte, alſo die perſönliche Berechtigung eines ſolchen Klägers, ſo wird dieſer nach § 790 zu beweiſen haben,

daß er Nießbraucher, Pfandgläubiger u. ſ. w. iſt, überhaupt irgend ein zeitlich begrenztes ius possidendi hat, oder

daß er einem Anderen (mittelbaren Beſitzer) gegenüber auf Zeit zum Beſitz verpflichtet iſt.

Umgekehrt könnte auch der Dritte Kläger (Vindikant), der Beklagte Beſitzdiener oder Beſitzmittler ſein. Vindikation wider einen Beſitzdiener (als Nichtbeſitzer) iſt unzuläſſig, wäre ſie gleichwohl eingeleitet, ſo müßte nach Klarlegung der Sachlage Abweiſung erfolgen. Vindikation wider einen Beſitzmittler iſt zuläſſig, und ſteht unter den Regeln der RCPO. 73. Leugnet der Beklagte Mittler, und behauptet nur Beſitzdiener zu ſein, ſo dürfte nach der gemeinen Regel der Beweis dem Kläger zur Laſt fallen.

b) Differenzen zwiſchen dem Gewaltübenden und demjenigen, für den die Gewalt geübt wird. Und zwar

1) betreffs direkter thatſächlicher Eingriffe. Wo Beſitzer

---

Das Reichsgericht hat nur die Frage beſchäftigt: Beſitzübergang, oder nicht? Nach E. II treten drei Möglichkeiten heraus:

die Frau wird Beſitzdienerin — Beſitzmittlerin — Eigenbeſitzerin;

ausſchlaggebend iſt nur der Wille der Betheiligten, über den dieſe aber vielleicht von vornherein nicht ganz klar geweſen, und nachträglich widerſprechend berichten.

(„unmittelbare") und Beſitzdiener einander gegenüberſtehen, ſind dieſe Eingriffe des Beſitzers berechtigt, und die Abwehr derſelben durch den Diener wäre verbotene Eigenmacht; zwiſchen dem Beſitzmittler und dem mittelbaren Beſitzer aber wären die thätlichen Eingriffe des mittelbaren Beſitzers nach § 780 verbotene Eigenmacht, und die Abwehr ſeitens des Beſitzvermittlers erlaubt nach § 781. Schwierigkeiten müßten ſich ergeben, wenn der thatſächlich eingreifende Theil bewieſe, daß der „Andere ſeinen Weiſungen Folge zu leiſten habe" (alſo nach § 778 Beſitz*dienerverhältniß*), und, was daneben immerhin möglich, der abwehrende Theil „bewieſe", daß er dem Andern gegenüber zum Beſitz verpflichtet ſei (alſo nach § 790 Beſitzvermittlung beſtehe). E. II erſcheint, wie ſchon oben angedeutet, nicht ganz glücklich gefaßt; die Praxis wird ſich mit reſtriktiver Interpretation des § 778 zu helfen haben, und Beſitzdienerſchaft wohl nur da annehmen, wo ein Verhältniß erwieſen wird,

> vermöge deſſen er den ſich auf die Sache beziehenden Anweiſungen des Andern, bei Vermeidung eines berechtigten thätlichen Eingreifens dieſes Andern, *ſofort* Folge zu leiſten hat.

2) Betreffs der Klaganſtellung und überhaupt Geltendmachung der Rechte aus § 790, 2: dieſer giebt die Berechtigungen aus §§ 783, 784, 789 dem Beſitzvermittler vor dem mittelbaren Beſitzer, wogegen der Beſitzdiener dieſelben Berechtigungen nicht hat. Es könnte alſo B die Berechtigungen als Beſitzmittler für ſich begehren, A (der Vertretene) ſie ihm abſprechen, weil B nicht Mittler, ſondern nur Beſitzdiener ſei. Die Löſung würde ſich ähnlich wie bei 1) zu geſtalten haben.

Mehrere können (vgl. § 788) wie nach gemeinem Recht [11]) dieſelbe Sache nebeneinander zu ideellen Teilen beſitzen. Der Beſitz des einzelnen kann ſich auch auf „einen Theil einer Sache“ (§ 787) beſchränken; bei unbeweglichen Sachen gleichfalls nichts neues, aber der angezogene Paragraph fährt fort: insbeſondere abgeſonderte Wohn- oder andere Räume. Bei beweglichen Sachen dürfte dieſe Art des Teil- oder Stück-Beſitzes in Wirklichkeit recht ſelten vorkommen.

Ueber dem Beſitzvermittler kann ein „mittelbarer Beſitzer“ ſtehen, über dieſem ein zweiter [12]) der gleichen Art (§ 791), auch ein dritter u. ſ. w. Der „Eigenbeſitzer“ (§ 793) bildet allemal den Schlußpunkt einer ſolchen Beſitzerreihe, über ihm kann kein Anderer, unter ihm können beliebig viele Beſitzvermittler ſtehen. Undenkbar wäre auch ein Beſitzdiener unter dem andern nicht: mein Kurier hat unter meinen Augen mein Gepäck auf der Bahn zu expediren, er nimmt einen Gepäckträger an, und dieſer wegen der Menge der Stücke noch einen Gehülfen.

Die Römiſchen Juriſten waren bekanntlich über die Frage, ob iusta und iniusta possessio neben einander beſtehen können, verſchiedener Meinung. In E. II erſcheint das „possessio plurium in solidum non datur“ in dieſer Beziehung konſequent durchgeführt. Entzieht B dem A den Beſitz durch „ver-

11) Es bleibt alſo auch wahr, was RE. XIII S. 179 über die rechtliche Natur des Mitbeſitzes geſagt wird: ein auf einem ideellen Teil einer Sache beſchränkter Beſitz iſt unmöglich. Der Mitbeſitz Mehrerer an derſelben Sache muß daher, ſowohl im natürlichen als auch im juriſtiſchen Sinne des Beſitzes in der Weiſe aufgefaßt werden, daß ein jeder von ihnen die ganze Sache beſitzt, jedoch in ſeinem Beſitz durch den gleichen Beſitz der Uebrigen beſchränkt wird.

12) So z. B. in dem RE. XIII S. 128 behandelten Falle, wo A dem B Papiere geliehen hat, um ſie dem C zu verpfänden.

botene Eigenmacht" (§ 780), ſo wird B Beſitzer in dem Augenblick da A aufhört dies zu ſein. Freilich iſt ſein Beſitz „fehlerhaft", und dieſe Fehlerhaftigkeit überträgt ſich auf Erben und andere Beſitznachfolger welche die Fehlerhaftigkeit des Beſitzes ihres Vorgängers gekannt haben, aber von praktiſcher Bedeutung iſt die Fehlerhaftigkeit doch nur gegenüber dem A und ſeinen Rechtsnachfolgern. Gegenüber allen Dritten aber iſt B nunmehr vollberechtigter Beſitzer, denen die Fehlerhaftigkeit ſeines Beſitzes gegenüber dem A („quod uitio ab A possidet") ſo wenig nutzt, wie ſonſt eine exceptio ex iure tertii. Und auch gegenüber dem A und deſſen Rechtsnachfolgern kommt die Fehlerhaftigkeit, ſobald einmal Zeit und Gelegenheit zur Geltendmachung der Berechtigungen aus § 781 vergangen iſt, nur ſo weit in Betracht, daß dieſen wider den B und die belaſteten Nachfolger desſelben die Klage aus § 783 zuſteht. Mit zwei Worten:

B und Nachfolger haben den Beſitz.

A und Nachfolger haben den Beſitz nicht, wohl aber die Klage wegen des mit verbotener Eigenmacht gebrochenen Beſitzes wider jene.

## VII. Mitwirkung Dritter in beſonderen Fällen; constitutum possessorium.

Zur beſſeren Beleuchtung des neuen Rechtes ziehen wir einige Fälle aus der Praxis des Reichsgerichts heran.

### A. Erwerb des Beſitzes durch Uebergabe an einen Vertreter.

I. Ein Generalbevollmächtigter (Procuriſt) kann für ſeinen Geſchäftsherrn Beſitz und folgeweiſe Eigenthum erwerben, an Sachen (hier ein durch die Poſt beſtellter Brief) die ihm *für jenen* übergeben werden, *ohne* daß hierzu *Spezial-*

mandat oder Ratihabition ſeitens des Geſchäftsherrn erforderlich wäre, RE. XIX 47. Wie man dieſer Entſcheidung für das heutige Recht nur beiſtimmen kann, ebenſo wird ſie auch nach E. II gelten müſſen, und zwar gleichmäßig für Beſitzdiener und Mittler. Briefe und andere Sendungen, die mein Diener in meinem Hauſe annimmt, kommen ſofort in meinen („unmittelbaren") Beſitz, desgleichen alles, was während einer längeren Abweſenheit bei meinem Generalprokurator für mich eingeht, nur daß hier mein Beſitz ein „mittelbarer" iſt. Für das Recht der Zukunft taucht die Frage auf: ob der Prokuriſt als Beſitzdiener oder Mittler zu betrachten ſein wird? Schwerlich allgemein gleich zu entſcheiden; in der Prokuraertheilung liegt kein in dieſer Beziehung durchſchlagend entſcheidendes Moment: wo der Prokuriſt unter den Augen des Prinzipals arbeitet, kann er auch als Beſitzdiener zu fungiren haben; wogegen derjenige Prokuriſt, der, wie in dem angezogenen Falle, nach dem Tode des Prinzipals dem Geſchäft einſtweilen allein vorſteht, ſicherlich als Beſitzvermittler gelten müßte.

II. Beſitzerwerb des Vertretenen ohne entſprechenden Willen des Tradenten: B kann als Vertreter des A vom C Beſitz für A erwerben, auch wenn C von dem Vertretungsverhältniß nichts weiß und vielmehr den Beſitz auf B ſelber zu übertragen vermeint, RE. XXX 43[13]). Der Satz muß gleich-

13) Derſelbe Gedanke: der direkte Vertreter des Accipienten erwirbt dem Vertretenen Beſitz und Eigenthum, auch wenn der Tradent von dem ganzen Vertretungsverhältniß nichts weiß, und folglich auf den Vertretenen nichts zu übertragen beabſichtigt, liegt auch der Entſcheidung RE. XXIV 62 (vgl. Bo. VIII 46, 53) zu Grunde, in einem freilich recht komplizirten Falle, den die verſchiedenen Inſtanzen entſprechend verſchieden beurtheilt haben, und bei dem auch die Entſcheidung des Reichsgerichts nicht ohne Bedenken zu Stande gekommen zu ſein ſcheint. — Ein Fall von normalem Beſitzerwerb durch Vertreter Bo. VII 44.

mäßig für Beſitzdiener wie für Beſitzvermittler gelten, nur freilich mit dem Unterſchied, daß im erſten Falle der Beſitzdiener (z. B. ich ſchicke meinen Domeſtiken, für mich Einkäufe gegen baar zu machen, der Verkäufer kennt den Domeſtiken weder perſönlich noch weiß er von dem Domeſtikenverhältniß; in gleicher Weiſe könnte ich einen Dienſtmann benutzen, dem ich das Geld mitgegeben) nicht Beſitzer wird, ſondern nur der Vertretene („unmittelbarer Beſitzer"); wogegen der Beſitzvermittler ſelber Beſitzer wird, während er den Vertretenen zum „mittelbaren Beſitzer" macht. Hieran ändert ſich auch nichts, wenn, wie in dem vom Reichsgericht behandelten Falle, A dem B einen Kauf aufgetragen hat, aber B von C die Sache geſchenkt erhält. Abgeſehen von beſonderen, in dem fraglichen Falle nicht erſichtlichen Schattirungen, dürfte man auch den Diener wie den Vermittler nicht für verpflichtet halten können, dem A Kenntniß von der Schenkung zu geben, wohl aber für berechtigt, den hierbei lukrirten Preis für ſich zu behalten. Ueberhaupt wird man dem B die Auffaſſung nicht verwehren dürfen, daß er das ihm aufgetragene Geſchäft ausgeführt, und bei dieſer Gelegenheit von C den zu zahlenden Preis geſchenkt erhalten habe.

III. Schwieriger noch und intereſſanter iſt der RE. XXX 56 behandelte Fall: B hat Looſe erworben für zwei Spielerkonſortien $A^{I}$ und $A^{II}$; er hat in ſeinen Büchern die ſämmtlichen Betheiligten jedes Spielerkreiſes ſammt den dieſem Kreiſe zugehörigen Looſen eingetragen, und entſprechende Mittheilungen durch Poſtkarten an die einzelnen Spieler gemacht, wobei die Verwechſelung einläuft, daß $a^{I}$ den falſchen Beſcheid erhält, der Gruppe $A^{II}$, $a^{II}$ aber den ebenſo falſchen, der Gruppe $A^{I}$ anzugehören; auf die Looſe der Gruppe $A^{II}$ fällt ein großer Gewinn, hat $a^{I}$ daran theilzunehmen? $a^{I}$ klagt wider B, an den, beiläufig bemerkt, das Antheilsrecht von $a^{II}$ zurückgefallen

iſt. Von den vielen intereſſanten Fragen, zu denen dieſer Prozeß Anlaß giebt, berührt uns hier nur die eine, ob und eventuell in welchem Augenblick Beſitz und folgeweiſe Eigenthum an den Looſen von B auf die einzelnen zu den Gruppen A I und A II vereinigten Spieler übergeht. Das Reichsgericht hat entſchieden, „mit der Ueberſendung der Poſtkarte durch den Beklagten und ihrer Annahme durch den Kläger", trotz der hierbei miteingelaufenen irrthümlichen Verwechſelung. Würde ſich dieſer Entſcheid nach dem Rechte der Zukunft ebenſo geſtalten? Zunächſt wäre als feſtſtehend anzunehmen, daß B nur als „Beſitzvermittler", nicht als „Beſitzdiener" der Spieler in Betracht kommen, B alſo auch durch die fraglichen Mittheilungen nicht eigentlich den Beſitz übertragen könnte, vielmehr während er die Spieler zu „mittelbaren Beſitzern" machte, ſelbſt „unmittelbarer Beſitzer" bleiben würde. Dies bedingt aber keine Aenderung der Entſcheidung in der Hauptſache: es wäre durchaus nicht undenkbar, daß der Erwerb des „mittelbaren Beſitzes" die Spieler in demſelben Augenblicke auch zu Eigenthümern (vgl. E. II 843) der Looſe machte. Ebenſo gewiß, daß mit dem Erwerb der Looſe ſeitens des B nur dieſer ſelbſt[14]), nicht die Spieler, zu Beſitz und Eigenthum gelangen; bei demnächſt ausbrechendem Konkurſe des B auch die Looſe in die Konkursmaſſe gehören würden. Hierin liegt kein Widerſpruch zu der vorher beſprochenen Entſcheidung (RE. XXX 43), die Fälle ſind verſchiedene, wie B die Looſe erwirbt, beſtehen die beiden Spielerkreiſe noch nicht als abgeſchloſſene Vereine, B kann nicht als direkter, ſondern nur als indirekter Vertreter erwerben. Aber nachher hat er das Eigenthum auf die Spieler übertragen, und zwar:

α) nicht ſchon durch die Eintragungen in ſeinen Büchern,

14) Wie ähnlich der Kommiſſionär, vgl. RE. XI S. 56.

β) wohl aber durch die Mittheilungen an die Spieler, und zwar in dem Augenblicke, wo dieſe von den Spielern angenommen wurden,

γ) trotz dem eingelaufenen Irrthum.

Hierin liegen drei folgenſchwere Grundſätze, gegen welche von meinem Standpunkte aus, ſo wenig für das Recht der Gegenwart wie für das der Zukunft, erhebliche Einwendungen zu machen wären, bei denen aber zweierlei nicht zu überſehen iſt: daß ſie nützlich und werthvoll nur bei konſequenter Durchführung werden; und daß ihre Begründung zwar nicht in einem allgemeinen Naturrechtsſatze, aber auch weniger in einzelnen Geſetzesſtücken, ſei es der geltenden oder der projektirten Quellen, zu ſuchen iſt, als in der modernen Aequitas, dem durch Praxis und Uebung verſtärkten und weiter noch ſich verſtärkenden Rechtsgefühl unſerer Tage. Wenn das Reichsgericht von der hier vorliegenden Irrung behauptet, daß ſie „nur den Beweggrund betreffe", ſo beſtätigt dies lediglich unſere alte Meinung, daß zwiſchen „Irrthum in den Beweggründen (Motiven)" und anderem Irrthum eine prinzipiell zu begründende ſicher trennende Scheidewand überhaupt nicht aufzuführen iſt.

Der oben betrachtete Fall hat uns in das Gebiet des

B) constitutum possessorium

hinübergeführt, das neuerdings die Praxis, inſonderheit des Reichsgerichts, ebenſo viel beſchäftigt hat wie die Litteratur und die Juriſtentage. Die den reichsgerichtlichen Entſcheidungen zu Grunde liegende Auffaſſung tritt in RE. V 49 beſonders klar hervor:

Es herrſcht in der Litteratur Streit darüber, ob durch die Erklärung des Veräußerers, die Sache fortan für den Erwerber beſitzen zu wollen, und durch die Annahme derſelben ſeitens des Erwerbers der Uebergang des Beſitzes vermittels const. poss. eintritt, oder ob es, um dieſe Wirkung hervor-

zubringen, noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedarf, kraft deſſen der Veräußerer die Sache zu behalten berechtigt wird. Der Appellationsrichter hat ſich der Anſicht angeſchloſſen, welche letzteres Requiſit für erforderlich hält. Und dem iſt beizuſtimmen. . . . . [es] genügt nicht das Uebereinkommen der Kontrahenten, daß der bisherige Beſitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber innehaben ſoll, ſondern es muß ein Rechtsverhältniß geſchaffen werden, vermöge deſſen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugniß erſcheint.

Aehnlich Bo. XV 20: . . . „iſt für das Pr. R. wie für das Gem. R. anzunehmen, daß das const. ein anderes Geſchäft unter den Betheiligten zur nothwendigen Vorausſetzung hat, auf Grund deſſen der bisherige Beſitzer, obwohl er den Beſitz abgiebt, den Gewahrſam behalten ſoll". Vgl. noch Bo. IV 56, 61, XI 29.

Das Reichsgericht hat ſich hiermit derjenigen Meinung angeſchloſſen, die gegenwärtig auch in der Litteratur als vorherrſchend zu betrachten iſt, wenngleich es auch hier, vgl. Dernburg, Pand. (4. Aufl.) I § 181 N. 5, an entſchiedenem Widerſpruch, den das Reichsgericht ſelber nicht überſieht, keineswegs fehlt. Gegen dieſe herrſchende Meinung und gegen die Ausführungen des Reichsgerichts ſpricht zumeiſt, daß derjenige Gegenſatz, auf den ſie bauen, im Leben die erforderliche Feſtigkeit und Konſiſtenz nicht beſitzt, und zwar nicht bloß dem Laien unerfaßlich bleibt, ſondern auch vor dem Juriſtenauge verſchwimmen muß in einem Rechte, das die Gültigkeit der formloſen Vereinbarungen als durchgreifende Regel anerkennt: warum ſollte hier die acceptirte Erklärung, „fortab für den Erwerber beſitzen zu wollen", nicht ausreichen, ein „Rechtsverhältniß zu ſchaffen, vermöge deſſen das fernere Innehaben

als Ausdruck einer rechtlichen Befugniß erſcheint." Heute kaufe ich im Laden die Waare, nehme ſie an mich, beſinne mich aber vor dem Hinausgehen, daß ich ſie erſt in acht Tagen gebrauchen werde, vielleicht bis dahin bei mir gar nicht unterbringen kann, darum ſage ich: „Verwahren Sie mir das Ding einſtweilen, ſchicken Sie es erſt Anfangs des nächſten Monats" — Verwahrungsvertrag, alſo const. possessorium. Aber wenn ich vom „Verwahren" nichts geſagt hätte, bloß „ſchicken Sie erſt dann und dann", wäre darum die Rechtslage eine andere? Oder wenn ich die Friſt zum Schicken kürzer geſtellt, etwa bis heute Nachmittag? Oder wenn ich bloß mit einem „Schicken Sie es mir recht bald" aus dem Laden gehe? — Das Reſultat der herrſchenden und vom Reichsgericht getheilten Meinung iſt ein Recht, das

die große Maſſe, die danach leben ſoll, nimmermehr begreifen kann;

das bei ſeiner Durchführung die Juriſten ſelber in Zweifel und Widerſprüche verſtrickt, vgl. außer den bereits citirten Entſcheidungen insbeſondere noch RE. I 139, XIX S. 252—53, Bo. VIII 47;

und das gleichwohl nicht ausreicht, mißlichen Schiebungen und Verſchleierungen bei Konkurs und ähnlichen Gelegenheiten einen feſten Damm entgegenzuſetzen.

Auch von E. II wird an dieſer Stelle eine erhebliche Beſſerung kaum zu erwarten ſein. Doch ſo unerquicklich die Bilder ſein mögen, dürfen wir ihrer Betrachtung nicht aus dem Wege gehen.

I. Thatbeſtand des C. P. nach den reichsgerichtlichen Entſcheidungen:

Kann ein einſeitiger Akt des Uebertragenden genügen? Dawider ausdrücklich Windſcheid, Pand. (7. Aufl.) I § 172 zu N. 22a, der hier die gemeine Meinung vertritt; an-

ſcheinend auch RE. XXX 56, ſ. oben A III α, „nicht ſchon durch Eintragung in die Bücher des Konſtituenten". Aber die Entſcheidung, die in dieſem Falle ganz richtig geweſen ſein mag, will das Reichsgericht ſelber, unter wenig veränderten Umſtänden nicht aufrecht erhalten: ein Bankier iſt von verſchiedenen Kunden, von denen allen er Deckung in Händen hat, beauftragt, Papiere derſelben Art am ſelben Tage zu kaufen, er bezieht alle Papiere von demſelben Verkäufer, legt ſie dann aber ſofort auseinander in mit Namen verſehene Umſchläge: Depot des A, des B, des C, u. ſ. w. und macht die entſprechenden Eintragungen in ſeine Bücher, vgl. zu dem allen RE. XI 14; kurze Zeit nachher bricht über den Bankier Konkurs aus. Aus fr. 48 de adq. u. am. p. 41, 2, dem Haupthinderniß einer vernünftigen Entſcheidung derartiger Fälle im gemeinen Recht, iſt nichts weiter erſichtlich, als daß nicht jede einſeitige Erklärung zur Beſitzes- und Eigenthumsübertragung ausreicht; daß keine ausreichen könne, iſt nirgends geſagt, ob die Römer ſelber derartig wirkſame Erklärungen gekannt haben, für uns indifferent. Bei uns kann nur darauf zu ſehen ſein, daß die einſeitigen Erklärungen

einmal durch ihre Formen genügend kenntlich ſind (wie Eintragungen in die Bücher welche der Vollkaufmann nach feſten Regeln zu führen verpflichtet iſt), und

zweitens die Abgabe der Erklärung nicht beliebig zurückgenommen werden dürfte, weil ſie zugleich Erfüllung einer dem Erklärenden obliegenden Pflicht (soluendi causa, ähnliche Erkärungen credendi oder gar donandi c. dürften weniger Beachtung verdienen) geweſen.

Unter dieſen Umſtänden erſcheint es durchaus unzweckmäßig, auf die etwaigen ſpäteren Ereigniſſe, ob der Erklärende Meldung abgeſandt, ob dieſe angekommen, ob der andere Theil eine zuſtimmende Antwort abgeſandt, und ob auch dieſe an-

gekommen, noch Gewicht zu legen, wenigſtens würde es dadurch unmöglich, in das kaufmänniſche Depoſitenweſen unſerer Tage die erforderliche Ordnung zu bringen.

Dieſen Anſchauungen entſprechend hat das Reichsgericht RE. XI 14, insb. S. 60 u. 61 entſchieden:

> wenn der Einkaufskommiſſionär durch Bezeichnung beſtimmter Effekten mit dem Namen des Auftraggebers, durch Legung derſelben in ein beſonderes Behältniß, ſpeziell auch durch einen ſich auf beſtimmte Stücke beziehenden Vermerk in den Handelsbüchern, die Effekten individualiſirt und aus ſeinem Vermögen abgeſondert hat, und wenn er ferner dem Kommittenten ſchreibt, daß er die Effekten für dieſen in Verwahrung nehme, ſo iſt ſein Wille, fortan nur Verwahrer zu ſein, und dieſe Effekten für den Kommittenten in Gewahrſam zu halten, genugſam zum Ausdruck gebracht;

und

> wenn die Firma dem Kläger das Nummernverzeichniß der Aktien übergeben hat, ſo iſt damit ausgedrückt, daß ſie die ſpeziell bezeichneten . . . Aktien nunmehr für den Kläger aufbewahren wollte. Hiermit würden die Bedingungen für ein const. poss. gegeben ſein.

Genau beſehen, dürfte auch das citirte RE. XXX 56 damit im Weſentlichen übereinkommen: die Uebergabe ſoll ſich vollziehen,

> nicht durch jene Aufzeichnung im Buche des Beklagten, ſondern erſt durch die nachfolgende, die Uebergabeerklärung enthaltende Anzeige und deren ſtillſchweigend erfolgte Annahme;

nur iſt hiernach nicht völlig klar, ob das entſcheidende Moment in der Ankunft der Anzeige, oder in dem Schweigen des Empfängers nach genommener Kenntniß liegt.

II. Thatbeſtand nach dem Recht von E. II: Hier würde wieder der Gegenſatz der Jhering'ſchen und meiner Beſitzerwerbstheorie (oben § IV) hervortreten, und ein Erwerb durch constitutum ohne mitwirkende Handlung des Erwerbers nach jener ebenſo unmöglich, wie nach der meinigen möglich ſein. Nach Jhering müßte auch wohl die Entſcheidung RE. XI 14 als falſch gelten.

III. Wirkungen des C. P. — RE. I 54 S. 133: „Der behauptete Vorzug der körperlichen Uebergabe vor dem C. P. beſteht nicht." Vgl. dazu etwa noch XI 14, XIII 47, XXVI 32. Damit ſoll aber durchaus nur geſagt ſein, daß nach beſtimmten Rechten, inſonderheit dem Preußiſchen Landrecht, und in beſtimmter Richtung, Vermittelung des Eigenthumserwerbs, das Konſtitut der körperlichen Uebergabe gleich wirke. Andererſeits hat das Reichsgericht ausdrücklich anerkannt, daß nach anderen Rechten, wie D.H.G.B. 306, 1 und Hamburgiſches Gewohnheitsrecht, das C. P. der körperlichen Uebergabe nicht gleichſteht, und namentlich nur durch letztere unter gegebenen Umſtänden Eigenthum übertragen wird, RE. XXVII 7, XIX 45 a. E., Bo. XI 29. — Nach E. II 843, 847 ſoll, wie aus den von Reatz mitgetheilten Kommiſſionsverhandlungen zu erſehen, in Uebereinſtimmung mit E. I 879,1, vgl. Mot. III S. 345, dieſe Beſchränkung der Wirkungen des Konſtituts feſtgehalten werden, aber die Faſſung von E. II 847 iſt recht bedenklich. E. II 843 handelt von der Zuläſſigkeit des Konſtituts:

> Iſt der Eigenthümer im Beſitze der Sache, ſo kann die Uebergabe dadurch erſetzt werden, daß zwiſchen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge deſſen der Erwerber den mittelbaren Beſitz erlangt.

Dann § 847:

gehört eine nach § 843 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer;

wir ſind berechtigt, dies zu deuten:

wird ein C. P. von einem Nichteigenthümer vorgenommen;

wozu dann aber das Folgende nicht paßt:

ſo wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es ſei denn, daß er zu dieſer Zeit nicht in gutem Glauben iſt,

denn C. P. und das (körperliche) „Uebergeben", von dem § 847 ſpricht, ſchließen einander aus. Vergleicht man § 846,1, ſo erſcheint 847,1 eigentlich überflüſſig. denn in den Worten „durch eine in Gemäßheit der §§ 842, 845 erfolgte Veräußerung wird u. ſ. w." iſt mitgeſagt, daß das Gleiche für eine nach § 843 erfolgte Veräußerung nicht zu gelten hat.

### C. Uebertragung des durch Andere geübten Beſitzes.

I. Durch den Beſitzer. Zweifellos richtig erſcheint, nach gegenwärtigem wie nach zukünftigem Rechte, die Bo. VII mitgetheilte Entſcheidung: A hat Weizen lagernd bei B (Beſitzmittler); Handelsgeſchäft zwiſchen A und C, auf Uebertragung des Gewahrſams, auf Anweiſung macht B (beiläufig ein Lagerhaus) die entſprechenden Eintragungen in das Lagerbuch, auch Mittheilung hiervon an C, und erhält deſſen Genehmigung; der Gewahrſam iſt auf C übergegangen. Fraglich hätte hier nur ſein können, ob es der Genehmigungserklärung des C noch bedürfte, was hier nicht entſchieden wird, nach den B I. mitgetheilten reichsgerichtlichen Sprüchen aber zu verneinen wäre. — Etwas zweifelhafter der Bo. IV 53 berichtete verwandte Fall. Für A lagern bei B (Speichergeſellſchaft) 900 Centner (= 450 Sack) Roggen, davon verkauft er unausgeſchieden 300 Sack an C, die dieſer wieder an D verpfändet,

B hat die entſprechenden Eintragungen gemacht; trotz der fehlenden Ausſcheidung iſt die Beſitzübertragung wirkſam geſchehen. Wenn hiernach A berechtigt bleibt, die Herausgabe von 150 Sack zu verlangen, wogegen C und D über 300 zu disponiren haben, ſo entſpricht dies der eminent fungiblen Natur des Getreides, obſchon eine ſubtile Doktrin vom Standpunkte des condominium und der compossessio Bedenken dawider erheben könnte. Daß nach dem neuen Rechte an der Entſcheidung zu ändern wäre, iſt nicht erfindlich. — RE. V 51 enthält die zutreffende Unterſcheidung, daß die Beſitzübertragung dem A gehöriger und bei B lagernder Waren (hier Steine) auf C wohl durch ſchriftliche Anweiſung an B geſchehen könne, hierzu aber ein Schein des Inhalts,

erſuche dem Ueberbringer, die von uns auf Ihrem Platze ſtehenden Steine verabfolgen zu laſſen,

nicht ausreiche, B bleibe auch hiernach Vertreter (Beſitzmittler) des A, ſei aber ſo berechtigt wie verpflichtet, dem C auf deſſen Erfordern die Steine herauszugeben; erſt mit dieſer, der körperlichen Uebergabe, komme der Beſitz auf C. Auch hieran dürfte E. II nichts ändern. — Bo. XII 32 betrifft einen Fall der entgegengeſetzten Art, wo „mit der Aushändigung des Schriftſtücks" von A an C, in welchem der Name des detinirenden B nicht genannt iſt, der Beſitz von A auf B übergeht. Auch kann A (wie das Reichsgericht ausdrücklich hervorhebt, ſo nach Preußiſchem wie nach gemeinem Rechte) den Beſitz auf C übertragen, ohne daß der detinirende B überhaupt davon erfährt, und zwar nicht nur durch translative Uebertragung (A hört auf Beſitzer zu ſein), Bo. III 61, ſondern auch durch konſtitutive, constitutum possessorium (A wird Beſitzmittler des C), Bo. I 73 [15]). Dieſe Entſcheidungen er-

15) Wörtlich „Wird der Beſitz durch einen Detentor (B) ausgeübt, ſo kann der juriſtiſche Beſitzer (A) den Beſitz durch constitutum possessorium,

ſcheinen auch nach E. II für Fälle der Beſitzvermittelung unbedenklich (vgl. auch E. II 732). Bei der Beſitzdienerſchaft wird man eine Beſitzübertragung auf Dritte ohne direkte Benachrichtigung des Dieners durch den Beſitzherrn nicht für gänzlich ausgeſchloſſen, aber wohl für häufig unpraktiſch halten müſſen: mancher Beſitzdiener dürfte nicht in der Lage ſein, zu ermitteln, ob was hinter ſeinem Rücken geſchehn rechtlichen Beſtand habe, und ob er ſelber danach ſich befugt achten könne den Anweiſungen des Dritten (C) beim Schweigen ſeines Herrn (A) Folge zu leiſten.

II. Durch den Anderen (Detentor, Beſitzmittler und Beſitzdiener).

a) auf Dritte. RE. XIX 45: Die Frage, ob der Detentor (B) unabhängig vom Wollen und Wiſſen desjenigen, für den er detinirt (A), den Beſitz auf einen Dritten (C) übertragen könne, ſei ſtreitig, aber trotz fr. 18 pr., fr. 32 § 1 de adq. u. am. p. (41, 2) zu bejahen, und zwar ebenſo wie durch körperliche Uebertragung auch durch constitutum poss., ſo daß fortab B (ſtatt für A) für C detinire. Uebereinſtimmend Bo. V 51, vgl. noch Bo. XI 29. Hierher gehört auch Bo. VII 45: wenn die Poſt einen von einer Sparkaſſe an A abgeſandten Geldbrief, der nach dem Tode des A eintrifft, an C (der weder Erbe noch Bevollmächtigter der Erben iſt) abgiebt, ſo iſt C, obwohl A ihm die Sparkaſſenbücher, auf welche dieſe Gelder gezahlt werden, geſchenkt hatte, „ohne Willen der Sparkaſſe, welche den Beſitz bis zur gehörigen Uebergabe an den Gläubiger fortſetzte, lediglich durch ein Verſehen oder Eigenmächtigkeit des Bevollmächtigten

ſo übertragen, daß er, ohne daß der Detentor etwas davon erfährt, fortan namens des Dritten (C) beſitzt". Iſt dieſe Relation genau? Bei wirklichem constitutum poss. müßte der Erfolg eintreten, daß nicht, wie hier angegeben wird, B namens des C, ſondern daß A namens des C und B nach wie vor namens des A beſäße.

desſelben, der Poſtverwaltung, wenn auch mit dem Willen des Geſchenkgebers, in den Beſitz gekommen, ſomit unredlich und betrüglich, ALR. I 7 § 97, oder doch heimlich, § 98".

Dieſe letzte Entſcheidung beruht erſichtlich auf Singularitäten des Preußiſchen Rechts; ob ſie nach dem heutigen gemeinen Recht oder nach E. II aufrecht zu erhalten wäre, muß hier dahingeſtellt bleiben. Wie übrigens Fälle der Art nach E. II zu beurtheilen ſein werden, iſt nicht ganz leicht zu ſagen. Klar iſt zunächſt nur, daß bei ihnen der Gegenſatz der Beſitzmittler, die ſelber Beſitzer ſind, und zu denen zweifellos auch die Poſt in Beziehung auf Briefe und andere Sendungen zu zählen ſein wird, und der Beſitzdiener, die Beſitzer nicht ſind, hervortreten muß. Der Beſitzmittler kann den Beſitz auf Dritte übertragen durch körperliche Uebergabe der Sache und durch poſſeſſoriſches Konſtitut, aber nur die körperliche Uebergabe, nicht das Konſtitut (E. II 847), können zum direkten Eigenthumserwerb des gutgläubigen Nehmers führen. Ebenſo wenn der Beſitzvermittler erſt ſein Abhängigkeitsverhältniß durchbrochen und ſich ſelber zum Eigenbeſitzer gemacht hätte; auch hier könnte ein Konſtitut, vorausgeſetzt daß der Konſtituent nicht ſelber Eigenthümer, dem Erwerber kein Eigenthum, ſondern nur Beſitz, und nach Umſtänden Erſitzungsbeſitz geben. Der Beſitzdiener kann ſo wenig, wie irgend ein anderer Nichtbeſitzer, Beſitz übertragen, aber er kann, indem er thatſächlich die Sache Dritten anbietet, dieſen die Gelegenheit verſchaffen, die thatſächliche Gewalt, jenachdem auch gutgläubig, und alſo Eigenbeſitz, Erſitzungsbeſitz, vielleicht auch Eigenthum zu erlangen. Ein C. P. könnte der Beſitzdiener nur vornehmen, nachdem er ſich ſelber zum Beſitzer gemacht hätte.

b) Auf den Anderen ſelber. Auf einen hübſchen Fall der Art ſieht RE. XIX 44: ein Kommis, Geſchäftsführer

ohne Prokura, hat der Firma 2200 M. dargeliehen und iſt vertragsmäßig berechtigt, durch Einziehung von Buchforderungen der Firma bis zum Betrage des Darlehns ſich ſicher zu ſtellen; ſtatt deſſen hat er ſich direkt, durch Entnahme aus den in der Geſchäftskaſſe vorhandenen Baarmitteln Deckung verſchafft. Nach ausgebrochenem Bankerott der Firma auf Reſtitution des Geldes an die Konkursmaſſe belangt, wird er von dem Reichsgericht verurtheilt mit der Motivirung:

> der Reviſionskläger war nicht im Beſitz der Geſchäftskaſſe, ſondern er übte den Beſitz lediglich für ſeine Prinzipale aus, und entſetzte ſie erſt eigenmächtig des Beſitzes, indem er der Kaſſe für ſich Gelder entnahm, dieſelben alſo nunmehr für ſich zu beſitzen anfing.

Die Entſcheidung wird auf alle Fälle der Beſitzdienerſchaft, aber nicht der Mittlerſchaft zu übertragen und überhaupt zwiſchen dieſen beiden Rechtsgeſtalten in Beziehung auf den eigenmächtigen Fürſich-Erwerb des Vertretenden ſcharf zu unterſcheiden ſein:

Der Beſitzmittler kann die von ihm beſeſſene Sache nicht ſtehlen, aber unterſchlagen. Bei einer Unterſchlagung wird er gewöhnlich die Sache entweder Dritten in die Hände ſpielen, oder für ſich (ganz oder theilweiſe) verzehren; in dieſen gewöhnlichen Fällen alſo nicht ſelber Eigenbeſitzer werden. Wohl aber kann er dies z. B. durch Vermengung des fremden Geldes mit dem eigenen, durch Verbindung der beweglichen Sache mit ſeinem eigenen Grundſtück (E. II 861), durch Verarbeitung (E. II 865); in all dieſen Fällen, gleichviel ob mit oder ohne die Abſicht, fremdes Gut ſich anzueignen (alſo namentlich verſehentlich ebenſo wie dolos). Wenn aber der Bankier (vgl. den oben beſprochenen Fall RE. XI 14) durch Einlegung in beſondere Fächer, Eintragung in ſeine Bücher

und Mittheilung an ſeine Kunden den (mittelbaren) Beſitz derſelben an den für ſie erworbenen Papieren einmal begründet hat, ſo dauert dieſer Beſitz an, ſolange dieſe Papiere überhaupt in dem Gewahrſam dieſes Bankiers verbleiben, auch wenn er ſie inzwiſchen in andere Fächer thäte, und die Eintragungen in ſeinen Büchern umſchriebe; auch die bloße Anzeige dieſer Aenderungen könnte das Beſitzverhältniß des mittelbaren Beſitzers noch nicht löſen, vielmehr würde es darauf ankommen, wie dieſer (mittelbare) Beſitzer auf erhaltene Anzeige ſich verhielte.

Umgekehrt kann der Beſitzdiener wol, wenn die Gelegenheit ſich findet, durch Verbindung und Verarbeitung erwerben, ebenſo wie der Mittler, übrigens aber die von ihm nicht beſeſſene Sache nicht unterſchlagen, ſondern ſtehlen. Dabei iſt aber zu bemerken, daß nicht nothwendig die Vollendung des Diebſtahls mit dem Beſitzerwerb des Dieners zuſammenfällt; dieſer könnte, wegen der ausſchließlichen Natur des Beſitzes, eintreten erſt mit der völligen und bleibenden Aufhebung der Gewalt des alten Beſitzers, denn „durch nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung wird der Beſitz nicht beendigt“ (E. II 779, 2). Hiernach laſſen ſich die Fragen aufwerfen: wenn mein Diener eigenmächtig meine Sachen Dritten zum Kauf anbietet, die Dritten ablehnen, ſo bleiben die Sachen bis auf weiteres in meinem Beſitz? Wenn aber die Dritten annehmen, wird dadurch etwa der Diener Beſitzer? Oder werden ohne Zwiſchenbeſitz des Dieners die Dritten nun Beſitzer, ſo daß ihr Beſitz unmittelbar den meinen ablöſt? Dann hätte alſo ihr Thun meinen Beſitz gebrochen, und ſie wären die rechten Eigenmächtler, und ihr Beſitz allemal ein fehlerhafter? — Ebenſo beachtenswerth ſcheint folgende Differenz zwiſchen dem Mittler- und dem Dienerverhältnis. Sachen, die ein Beſitzmittler eigenmächtig wider den mittelbaren Beſitzer Dritten übergiebt, fallen

niemals unter die E. II 848 aufgeſtellte Ausnahme vom Erwerbe des Eigenthums auf Grund der §§ 846, 847; dahingegen gehört was der Diener verbringt, allemal zu den Sachen, „die dem Eigenthümer geſtohlen, verloren gegangen oder ſonſt abhanden gekommen" ſind.

## VIII. Der Schutz des Beſitzes.

Nach dem neuen Rechte wird, wie bereits oben § II bemerkt worden, der Schutz des Beſitzes beruhen:

einmal auf Selbſthülfe, E. II 781, 782,

zweitens auf Gerichtshülfe, will ſagen Klagen oder Anſprüche civilrechtlicher Natur, E. II 783, 786,

drittens auf den auch zur Zeit ſchon vorhandenen kriminaliſtiſchen Einrichtungen, insbeſondere den Ahndungen gewiſſer Arten des Beſitzbruchs oder der „verbotenen Eigenmacht" (E. II 780, 1) als Diebſtahl und Unterſchlagung.

Völlig einverſtanden mit Liszt (Lehrb. d. Strafr., 6. Aufl. S. 894) und Anderen, daß gegenwärtig der von dem Reichsſtrafgeſetzbuch geſchützte „Gewahrſam" „nicht gleich Beſitz im civilrechtlichen Sinne iſt"[16]); denn wie das Strafgeſetzbuch

16) Wie ſchwierig gleichwohl die Formulirung einer deutlich abſcheidenden Definition dieſes ſtrafrechtlichen Gewahrſams iſt, zeigt Liszt a. a. O., indem er ſie dahin ſtellt:

> G. iſt die thatſächliche Herrſchaft über die Sache (die Möglichkeit, mit Ausſchluß Anderer auf ſie einzuwirken, die Verfügungsgewalt), verbunden mit dem erkennbar gemachten Willen, die eigene Herrſchaft unter Ausſchluß Anderer geltend zu machen (dem Herrſcherwillen);

alſo corpus und animus domini, wie ihn die gemeine auf Savigny's Lehren fußende Meinung wohl anzunehmen pflegt, und weiter:

> Wille und Gewalt müſſen neben einander vorhanden ſein, jener in dieſem zu Tage treten;

was ſo etwa nach dem ſchmeckt, worin Ihering und Bekker zuſammenſtehen (vgl. dieſe Jahrb. XXX S. 251).

für ganz Deutſchland, ſo müſſen auch die aus ihm zu entwickelnden Begriffe überall die gleichen, und von partikularrechtlichen Schattirungen des in Deutſchland geltenden Rechts unabhängig ſein, der civilrechtliche Beſitz- oder Gewahrſamsbegriff aber iſt ein anderer für das Preußiſche als für das Franzöſiſche Recht, und wieder ein anderer für das gemeine, und bei dieſem, auf das die allermeiſte gelehrte Arbeit verwandt worden, gehen die Anſchauungen am weiteſten auseinander, von den Strenggläubigen des Savigny'ſchen Bekenntniſſes, bis zu den Leugnern jeglicher Möglichkeit, aus dem Römiſchen Corpus juris ein für die Gegenwart brauchbares Beſitzrecht herauszuleſen. Doch in Zukunft werden die Dinge in eben dieſen Beziehungen ganz anders liegen: neben dem einheitlichen Strafrecht ſteht ein ebenſo einheitliches Privatrecht, deſſen Grundbegriffe, ganz ſo wie jetzt ſchon die ſtrafrechtlichen, für ganz Deutſchland ein und dieſelben ſein müſſen. Und alsdann wird es ſchwer halten, ſtichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum der civilrechtliche Beſitz (oder Gewahrſam) ein anderer zu ſein habe als der ſtrafrechtliche, warum ein gewiſſer Thatbeſtand ausreiche zur Begründung des ſtrafrechtlichen Schutzes aber nicht zu dem des civilrechtlichen, oder umgekehrt des civilrechtlichen aber nicht des ſtrafrechtlichen. Was, nebenbei bemerkt, keineswegs ausſchließt, daß nach den Arten der Verletzungen des Einen (civilrechtlich und kriminaliſtiſch geſchützten) Rechtsverhältniſſes (Beſitz, Gewahrſam) unterſchieden wird in der Weiſe, daß alle Verletzungen die privatrechtliche, nur gewiſſe die ſtrafrechtliche Reaktion ins Leben rufen (die Umkehrung, weitere Ausdehnung des kriminaliſtiſchen als des civiliſtiſchen Schutzes dürfte gegen die juriſtiſche Eleganz verſtoßen). Dieſe Ausgleichung und Vereinigung der beiden Beſitzesbegriffe ſcheint derartig zwingend erfordert, daß eventuell eine kleine Aenderung im Texte des Strafgeſetzbuchs für ge-

boten zu halten waren. Im § 246 (Unterſchlagung) ſtehen nebeneinander die beiden Ausdrücke „Beſitz und Gewahrſam“ [17]); im Hinblick auf die verſchiedenen in Deutſchland zur Zeit in Geltung ſtehenden Geſetzbücher nur korrekt, aber wenn ein ſpäteres allein und allgemein gültiges Zivilgeſetzbuch überhaupt blos den „Beſitz“ und keinen „Gewahrſam“ kennen ſollte, ſo könnte die Beibehaltung des letzteren Ausdrucks im Strafgeſetzbuch nur irreleitend wirken.

Auf dem Gebiete des gemeinen Rechts haben die Klagen aus E. II 783—86 nicht bloß die Interdikte, retinendae wie recuperandae possessionis mit den Anhängſeln des Juſtinianiſchen Rechts, ſondern auch die Spolienklage zu erſetzen. Dieſe hat das Reichsgericht relativ häufig beſchäftigt. Zunächſt ſpringt eine prinzipiell wichtige Einſchränkung der letzteren in die Augen: wenn der Beſitz fortab nur Sachbeſitz ſein ſoll, kommt auch die Spolienklage in ihrer weiteren Anwendung in Wegfall, doch ſcheint auch das Reichsgericht bisher mit ihr vornehmlich auf demſelben engeren Felde zu thun gehabt zu haben. Die Spolienklage ſetzt keinen juriſtiſchen Beſitz voraus, ſie kann demgemäß angeſtrengt werden auch von einem Pächter, RE. V 42, desgleichen von demjenigen, welcher einen Hund aus Mitleid bei ſich aufgenommen hat, Bo. I 78; nach E. II ſind beide Fälle ebenſo zu entſcheiden, die Klage ſteht jedem „Beſitzer“ (nach neuem Recht, alſo auch jedem „Detentor“ des alten zu) womit die leidige Frage nach dem etwa zu erfordernden eigenen Intereſſe desſelben aus der Welt geſchafft iſt. — RE. XXX S. 139: „Die Spolienklage iſt nicht gegen den Beſitzer als ſolchen gerichtet, ſondern nur gegen denjenigen, welcher ſich durch Eigenmacht den Beſitz

17) § 246: „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Beſitz oder Gewahrſam hat u. ſ. w.“

angeeignet und damit eine unrechte That begangen hat", ähnlich Bo. XVI 23. E. II 783 ſtimmt im Weſentlichen hiermit überein, doch trägt das neue Recht inſofern weiter, als nach § 784 auch „Störung" des Beſitzes einen Anſpruch begründet. RE. XIV 102 betrifft einen Fall eigenmächtiger Aneignung, bei dem die Finanzdirektion zu Hannover durch einen Vollſtreckungsbeamten Sachen hatte pfänden und verkaufen laſſen, die ihrem Schuldner nicht gehörten. Bo. VI 42 ſieht auf die Beſitzſtörungsklage des A.Pr.L.Rs. und fordert zu dieſer „die Abſicht der Störung", die aber zu vermuthen ſei bei einer Handlung, „welche ſich äußerlich als Beſitzſtörung darſtelle"; die Abſicht der Störung wird E. II § 780, 1 und 784, 1 nicht hervorgehoben. RE. XXX 32 (= Bo. XV 19) wird die Beweislaſt betreffs der eigenmächtigen Aneignung, des unfreiwilligen Verluſtes auf Seiten des Klägers, dieſem auferlegt aus Gründen der Zweckmäßigkeit und im Einklang mit der zur Zeit in Praxis und Literatur herrſchenden Anſicht, gegen die auch jetzt noch von Einzelnen vertretene Meinung, daß Beklagter ſeinen rechtmäßigen Erwerb zu beweiſen habe. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach E. II die Vertheilung der Beweislaſt im Sinne des Reichsgerichts zu regeln iſt. — Den Erfolg der Klage anlangend, entſcheidet Bo. II 80, daß, wenn das Spolium an einem Sparkaſſenbuch begangen iſt, die Reſtitution des erhobenen Betrags zu verlangen iſt; dasſelbe iſt E. II 783, 1 nicht ausdrücklich geſagt, dürfte aber vom Richter gleichwohl herauszuleſen ſein. — RE. V 42 führt eine Reihe von Einreden wider die Spolienklage als unzuläſſig auf, die auch nach dem neuen Recht zurückzuweiſen wären. Bedenklicher iſt Bo. II 78: „Gegen die Spolienklage iſt die Einrede, der Kläger habe dem Beklagten ſelbſt erſt das Sparkaſſenbuch aus dem Schrank eigenmächtig weggenommen, nicht zuläſſig, spoliatus ante

omnia restituendus." Hier würden E. II 785 und 781, 2. 4 ausſchlaggebend, deren Auslegung, wie ſchon oben (§ II S. 12 f.) bemerkt, keineswegs zweifellos iſt; jedesfalls muß die Möglichkeit anerkannt werden, daß der zweite die Klage veranlaſſende Akt der Selbſthülfe nicht „verbotene" ſondern „erlaubte Eigenmacht" wäre; ein Beiſpiel auf Grund von Vereinbarung unter den Parteien „erlaubter Eigenmacht" giebt RE. IV 102. — RE. VII 99: „Regelmäßig ſind Gegenſtände in der Hand des Arreſtſuchers, welche dem Arreſtbeklagten gehören, oder auch Schulden, welche erſterer an dieſen zu bezahlen hat, geeignete Objekte zur Anlegung eines Sicherungsarreſtes, . . . . allein dieſe Regel fordert keine Anwendung, wenn der Arreſtſucher durch ein Delikt, insbeſondere *durch widerrechtliche Eigenmacht in den Beſitz der Sache* gekommen, bez. Schuldner des Arreſtbeklagten geworden iſt." Dies wird auch nach E. II ebenſo gelten müſſen.

Daß dem, der durch Diener Beſitz übt, gegen dieſe die gleichen Beſitzſchutzmittel zuſtehen wie gegen andere Nichtbeſitzer, dem Diener aber nur Selbſthülfe und nur gegen Dritte (Nichtbeſitzer), iſt ſchon wiederholt hervorgehoben: desgleichen daß die Beſitzſchutzmittel regelmäßig von dem Beſitzmittler auch gegen den mittelbaren Beſitzer benutzt werden können, ſeltener von dieſem wider jenen: „Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer u. ſ. w." (E. II 790) ſind durchaus nicht gehalten, ſich beliebige Eingriffe des Eigenthümers, Verpfänders u. ſ. w. gefallen zu laſſen, und haben dawider ſo Gerichts- wie Selbſthülfe. Aber auch die mittelbaren Beſitzer haben geſchützten Beſitz, und es kann ihnen nicht gänzlich verwehrt ſein, von den Schutzmitteln nach Bedürfniß auch wider die Beſitzmittler Gebrauch zu machen. Allemal ſetzt dies „widerrechtliche Eigenmacht" auf Seiten der Mittler voraus, alſo

erſtlich eine Handlung, zu welcher dieſer Andere weder als Beſitzer noch als Nießbraucher, Pächter, Miether u. ſ. w. berechtigt iſt.

zweitens eine durch dieſe Handlung bewirkte Verletzung, Störung oder Entziehung des Beſitzes des mittelbaren Beſitzers.

Beiſpiele der Entziehung: Zerſtörung, auch partielles Aufzehren, Uebertragung auf Dritte, auch Durchgehen mit der Sache[18]); der mittlere Beſitzer könnte, je nach Lage der Umſtände, zur Selbſthülfe oder zur Gerichtshülfe greifen. Und auch wider gewiſſe Störungen wird einzuſchreiten ſein. Ueber-

18) Oder konkret: Ich habe eine verſchloſſene Kiſte Wein hinterlegt und betreffe den Verwahrer, wie er ſie erbrochen, ein Paar Flaſchen herausgenommen und eine davon halb geleert hat; der Pianoforteverleiher kommt in die Wohnung des Miethers, der den Flügel verkauft, der Käufer ſteht im Begriff, ihn fortſchaffen zu laſſen; ich erreiche meinen Bankier im Hamburger Hafen, wie er den Dampfer nach Südamerika beſteigen will, in ſeiner Reiſetaſche führt er meine Effekten mit ſich. — An den zweiten Fall knüpft ſich folgende, vielleicht nicht ganz leicht zu entſcheidende, aber nach E. II 847, 1 immerhin wichtige Frage. Einen Flügel kann man bekanntlich nicht in die Taſche ſtecken; kann man ihn „körperlich übergeben", ohne daß er vom Platz bewegt wird? Ich möchte dies bejahen und denke namentlich an den Brauch, erkaufte Inſtrumente mit dem eigenen Namen zu zeichnen. Dann könnte, wer von dem ſpitzbübiſchen Miether (der nur gemiethet hat, um dieſe Unterſchlagung zu ermöglichen) in der Wohnung des Miethers gekauft hat, unmittelbar nach dem Kauf (durch Uebergabe der Art) Eigenthümer und unfehlerhafter Beſitzer werden; daß er vor der Fortſchaffung des Flügels erfährt, wie dieſer unterſchlagen worden, hebt den Eigenthumsübergang nicht wieder auf (nach E. II 847, 1 entſcheidet der gute Glauben „zu dieſer Zeit", d. h. im Augenblick der Uebergabe), und der alte Eigenthümer und mittelbare Beſitzer darf die Fortſchaffung nicht hindern, er ließe Gefahr, ſich ſelber der „widerrechtlichen Eigenmacht" ſchuldig zu machen. — Es iſt wohl kaum zu erwarten, daß durch derartige reichsgeſetzliche Vorſchriften die allgemeine Moral in geſchäftlichen Angelegenheiten gekräftigt werden wird, ſelbſt die Verkehrsförderung erſcheint zweifelhaft, da die geminderte Sicherheit die Vermiether von Inſtrumenten, Pferden Wagen u. ſ. w. ſchwerlich unternehmungsluſtiger machen dürfte.

blicken wir dieſe nicht gleich vollſtändig, ſo iſt zu bedenken daß wir hier völlig neuen Rechtsgeſtaltungen gegenüberſtehen: das alte Recht kennt kein Nebeneinanderſein und Ineinandergreifen verſchiedener Beſitzarten. Es wird daher erſt praktiſcher Erfahrungen bedürfen, um ein in den Einzelheiten klares Bild zu gewinnen.

Und noch eins: Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter u. ſ. w. werden faſt ausnahmslos zu dem mittelbaren Beſitzer in obligatoriſchen Verhältniſſen ſtehen, ſo daß neben den dinglichen (oder quaſidinglichen) Schutzmitteln des Beſitzrechts auch die perſönlichen Klagen (oder „Anſprüche") aus den Obligationen in Betracht kommen. Der Schutz iſt alſo ein doppelter, auf zwei Baſen beruhender; und gleichwohl dürfte er ſich manchmal ungenügend erweiſen. Betrachten wir z. B. das praktiſch ſo überaus wichtige Hinterlegungs- (Depoſiten-) Geſchäft, E. II 628—40. Das „quod uenit in actionem" bei der depositi directa erſcheint ſehr mager: „mit der Sache ſind die etwa gezogenen Früchte herauszugeben" (E. II 637); „hat der Verwahrer, ohne Erlaubniß des Hinterlegers, hinterlegtes Geld für ſich verwendet, ſo iſt er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinſen" (§ 638). Der Verwahrer giebt Perlenſchnüre und Juwelen an Frau und Töchter zum Tragen, vielleicht vermiethet er ſie auch an liederliche Dirnen; er benutzt ſelber meine Piſtolen oder giebt ſie Anderen zum Taubenſchießen; er reitet meine Pferde, verleiht ſie, benutzt meine Equipage zu Lohnfuhren — alles Dinge, die den Hinterleger ungefähr ſo angenehm berühren mögen wie mich die Nachricht, daß ein Anderer mit meiner Bürſte ſich die Zähne zu putzen pflegt. Oder der Bankier, bei dem meine Aktien lagern, benutzt die daran geknüpften Stimmen ohne meine Erlaubniß auf der Generalverſammlung. „Früchte" ſind bald keine gezogen, bald iſt der Werth der gezogenen

äußerſt ſchwierig zu berechnen, oder bietet für die Unannehmlichkeiten des Deponenten ein völlig ungenügendes Aequivalent. Könnte gegen derartige Vorgänge als „widerrechtliche Beſitzſtörungen" vorgegangen werden? Viel wäre dem mittelbaren Beſitzer nicht gedient: „er kann von dem Störer die Beſeitigung der Störung verlangen; ſind weitere Störungen zu beſorgen, auf Unterlaſſung klagen" (E. II 784, 1). Man könnte einwerfen, daß auch das heutige gemeine Recht, abgeſehen von der äußerſt zweifelhaften Verwendbarkeit der Interdikte, mit der a. depositi nicht mehr biete als Zahlung von Entſchädigung für einen oft ſchwer, oft gar nicht feſtzuſtellenden Schaden. Aber das heutige gemeine Recht iſt übernommen aus dem Römiſchen, und dieſes hatte neben dem Beſitzſchutz und der actio depositi das furtum possessionis, d. h. die Befugniß des Richters eine nicht nach dem Geldwerthe des Schadens, ſondern allgemein nach der Schwere der That frei zu bemeſſende Geldſtrafe gegen den untreuen Verwahrer nicht bloß ſondern überhaupt Beſitzmittler zu erkennen. Mit der Einſchränkung des furtum possessionis durch R.Str.G.B. 290 iſt dieſe Lücke in unſer Recht gekommen, und durch E. II wird ſie auch nicht wiederausgefüllt.

## IX. Vorſchau, die Weiterbildung des neuen Rechts.

Wer mit eigenem Nachdenken dieſen Ausführungen gefolgt iſt, mag ſelber ſchon für ſich Endergebniſſe gefunden haben, wie ſie dem Verfaſſer vor Augen ſtehen. Das neue Beſitzrecht giebt Anlaß zu vielen Fragen, mehren, als ohne weiteres zu beantworten waren. Und nicht bloß die Antworten, auch die Fragen ſind hier längſt nicht alle aufgeführt; fortgelaſſen ſind wahrſcheinlich manche, weil ich ſie einſtweilen nicht erkannt, andere, um die Abhandlung nicht zum Buch anwachſen

zu laſſen. Aber durch den ganzen Nebelwuſt von fragwürdigen und antwortgierigen Details ſind doch die Grundlinien eines großen und gelungenen Werks herauszuleſen. Wenn wir ungezählte Einzelheiten, Gedanken und Worte, verdammen möchten, der Geſammteindruck wird dadurch nicht beeinflußt: im Beſitzrecht bezeichnet E. II einen dankenswerthen, vorausſichtlich bleibenden Fortſchritt. Zugegeben, daß ich vielleicht beſtochen bin durch mannigfaltige Anklänge des neuen Beſitzrechts an meine eigenen früheren Reformvorſchläge, und daß es vorſchnell wäre, von der Güte des Beſitzrechts auf eine gleiche Beſchaffenheit der übrigen Stücke des neuen Entwurfs zu ſchließen; bei alledem aber kann ich nicht umhin, meine alte Bitte zu wiederholen: „ſchleunigſte Einführung der Vorlage als Geſetz"; und diesmal nicht bloß aus politiſchen Gründen.

Da aber E. II bei allen Vorgängen doch nicht als opus ultimum atque omni ex parte perfectum betrachtet werden kann, ſo ſind wir gezwungen, auch auf die Fortbildung des aus ihm entſpringenden Rechts einen Blick zu werfen, wie die geſunden Keime nutzbringend zu entwickeln, Härten und Inkonequenzen nach Möglichkeit abzuſchleifen und auszugleichen wären. An die eben ausgeſprochene ſchließen ſich zwei andere nicht minder warme und dringende Bitten an. Man verſchone uns erſtlich mit einer Wiederholung von Motiven, wie ſie zu E. I hergeſtellt worden; und zweitens auch mit allen geſetzgeberiſchen Experimenten, die das weitere Werden des Rechts in feſte Regeln zu zwingen ſuchen. Wir athmen auf, daß E. I § 1 und 2 nicht in E. II übernommen ſind, aber wir ſind noch nicht frei von der Beſorgniß, daß das Einführungsgeſetz die verbannten Artikel oder andere ihresgleichen uns zurückführen könnte. Beide Bitten laſſen ſich auch in eine zuſammenfaſſen: man ſpreche nicht bloß von dem Vertrauen,

das man hinſichts der weiteren Entwickelung in die Wiſſenſchaft und Praxis ſetze, ſondern man beweiſe eben dies Vertrauen durch die That.

Die fünf Bände der Motive zu E. I in amtlicher Ausgabe, zu denen dann noch die Motive zu dem Entwurf des Einführungsgeſetzes und die zu dem Entwurf der Grundbuchordnung hinzutraten, haben im Allgemeinen keine freundliche Aufnahme gefunden. Damit wäre der von den einzelnen Bearbeitern verwandte Fleiß ſchlecht gelohnt, und dennoch erſcheint die Ablehnung voll berechtigt, da der Grundgedanke unheilbar ſchief war. Ein amtlicher Begleiter dieſer Art, gleichviel übrigens wie er ausgeführt und formell beglaubigt worden, iſt das richtige Futter für die leichtfertigſten Litteraten und für denkfaule oder müde Richter; daß das Geſammtniveau des Richterſtandes durch ihn herabgedrückt wird, ſcheint ſchier unvermeidlich. Auch einer Veröffentlichung der Protokolle über die Kommiſſionsberathungen zu E. II, von denen Reatz Proben gegeben, ſehen wir mit getheilten Gefühlen entgegen. Man wird auch Anderen die Einſicht nicht verſchließen, größere Mittheilungen daheraus nicht verbieten können, und da dürfte eine amtliche Veröffentlichung den beſten Schutz gegen einſeitige Ausnutzungsverſuche gewähren. Im übrigen kann ich den zu ziehenden Gewinn nicht hoch anſchlagen. Aber iſt nicht Auslegung der Geſetze „im Sinne des Geſetzgebers" die erſte Aufgabe des Richters? Und was könnte in die Kenntniß dieſes geſetzgeberiſchen Sinnens und Denkens beſſer hineinleiten, als die Berathungsprotokolle?

Im Gegenſatz zu den gegenwärtig noch herrſchenden Anſchauungen kann ich beide Fragen nicht bejahen. Ganz iſt das ſubjektive Moment von der Geſetzesinterpretation nirgends auszuſchließen: der beſtgeſchulte Richter kann bei der Auslegung keinem objektiv feſtgeſtellten geſetzgeberiſchen Willen folgen,

ſondern allemal nur ſeiner perſönlichen Kenntniß und Meinung von dieſem. — Sodann ſind unſere Kommiſſionen, welche die Geſetzentwürfe herſtellen, nicht Geſetzgeber. Die legislativen Funktionen im Reich verſehen Bundesrat und Reichstag, in den Einzelſtaaten meiſt Landesherr und Kammern. Es iſt eine anhaltloſe Fiktion, daß Bundesrath und Reichstag all die Meinungen ſich aneigneten, welche bei den Kommiſſionsberathungen den Beifall einer vielleicht nur geringen Majorität gefunden haben. Angenommen und zum Geſetz erhoben werden nur die Texteworte, nicht Meinungen und Gedanken der Kommiſſion, oder richtiger der Kommiſſionsmitglieder. — Und weiter. Sieht man die Dinge, wie ſie ſind, und nicht wie ſie ſein ſollen nach traditioneller Doktrin, ſo begegnen wir in unſerer Gegenwart „dem Geſetzgeber" und folglich auch einer „Meinung des Geſetzgebers" überhaupt nicht mehr. Moſes und Solon waren perſönliche Geſetzgeber, in Rom konnte man beſonderes Gewicht legen auf die Gedanken des Magiſtrats, der ein Geſetz in den auf Ja und Nein beſchränkten Komitien durchgebracht hatte, in der abſoluten Monarchie giebt es „einen Geſetzgeber", der freilich auch die ihm obliegende legislative Arbeit, einſchließlich des dazu gehörigen Denkens und Meinens, meiſt durch Andere ausführen läßt. Aber bei uns, in den konſtitutionell regierten deutſchen Staaten, wer iſt da der denkende Geſetzgeber? Und wenn im Reich der Bundesrath dies, und der Reichstag jenes gedacht hat, was giebt den Ausſchlag? Zudem „denkt" weder der Bundesrath noch der Reichstag, wieder reiten wir auf leeren Fiktionen, es denken nur die einzelnen Mitglieder des einen und des andern, und über die vorgelegten Geſetzentwürfe denken von dieſen Mitgliedern einige ſo, andere anders, wieder andere wieder anders, u. ſ. w., auch manche gar nicht. Nur über den Wortlaut ergeben die Majoritäten bei den Abſtimmungen ein Etwas, das

rationell für den Willen der geſammten Körperſchaft ausgegeben werden kann; über den Sinn der Worte exiſtirt kein formaler Geſammtwillen, die Willen der Einzelnen aber, die an der Abſtimmung theilnehmen, bleiben meiſt unbekannt und dürfen, wo ſie ausnahmsweiſe bekannt würden, keine durchſchlagende Kraft beanſpruchen.

Aber wenn nun der Richter die Frage: welchen Sinn hat der Geſetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? (Windſcheid, Pand. 7., Aufl. I, S. 50) einfach darum nicht beantworten kann, weil dieſer ſinnende Geſetzgeber gar nicht vorhanden iſt, von welchen anderen Sternen ſoll er ſich leiten laſſen? Den Sinn von Worten, namentlich von Anderen gebrauchten Worten zu entziffern, iſt eine Kunſt, die jeder Menſch von klein auf lernt; die Grundprinzipien der richterlichen Auslegungskunſt ſind keine anderen als die der allgemein menſchlichen, im Verkehr tagtäglich geübten. Als Beſonderheiten ließen ſich etwa noch hervorheben: der Richter ſoll beachten, nicht nur was in, ſondern auch was zwiſchen den Zeilen geſchrieben ſteht, ein treffender deutſcher Ausdruck, der mit umſchließt was man ſonſt als „Analogie" zu bezeichnen gewöhnt iſt. Bleiben hiernach Zweifel, ſo entſcheide er ſich zunächſt für das, wofür ſchon Andere mit Erfolg ſich entſchieden haben, er folge gutem, altem Brauch, insbeſondere der auctoritas rerum similiter iudicatarum. Erſcheint ihm aber der Brauch als kein guter, den Anforderungen ſeiner Zeit noch entſprechender, oder beſtehen Vorentſcheidungen überhaupt nicht, ſo folge er dem Rechtsgefühl der Gegenwart, ſelbſtverſtändlich innerhalb der durch den Geſetzestext gezogenen Schranken.

Daß dieſe Auffaſſung dem individuellen Ermeſſen des Richters Spielraum giebt, iſt unleugbar: bei der Schwierigkeit, für Rechtsgefühl jenes feſte Merkmale aufzufinden, wird

man regelmäßig an dem Bilde desſelben ſich genügen laſſen müſſen, welches dem Richter eben vorſchwebt. Aehnliches vermögen aber auch die anderen Theorien nicht auszuſchließen, und der Hauptunterſchied liegt darin, daß das, was bisher ſchon unzählige Male, ich möchte glauben, regelmäßig gethan worden, theils unbewußt, theils verſtohlen und bedeckt mit dem Mäntelchen einer fingirten Abſicht des Geſetzgebers oder eines ſelbſtverſtändlichen Naturrechtsſatzes oder der Natur der Sache oder u. ſ. w., hier offen als recht und gehörig anerkannt wird, vorausgeſetzt nur, daß der Richter bei der Aufſtellung ſeiner Annahmen gewiſſenhaft vorgeht und von ihnen auch nur den gebotenen Gebrauch macht.

Jedes Recht iſt Menſchenwerk, unvollkommen und flüſſig allezeit, keines kann für heute völlig ausreichen, geſchweige denn für morgen. Der Richter hat ſein officium nobile auch dem Rechte, insbeſondere den Geſetzen gegenüber zu üben. Er iſt keineswegs bloß Maſchine höherer Gattung, beſtimmt, die Entſcheidung abzuleſen, oder ſchlechtweg auszurechnen. Häufig mag ſeine Thätigkeit ſich auf dergleichen beſchränken, aber nicht ſelten muß ſie darüber hinausgreifen; dann liegt ihm ob, an der Rechtsſchöpfung mitzuarbeiten, ſei es mit, ſei es ohne oder gar wider den Willen des ſog. Geſetzgebers. Wie ich hoffe, werde ich bald dazu kommen, dieſe vor manchen Augen wohl etwas ketzeriſchen Anſichten ausführlicher darzulegen und zu begründen, und möchte einſtweilen nur auf Bülow, Geſetz und Richteramt, verweiſen, der eine in vielen Punkten mit uns übereinſtimmende Auffaſſung vertritt.

Wider den Mißbrauch der dem Richter doch nicht vorzuenthaltenden rechtsbildneriſchen Befugniſſe aber giebt es kein ſichereres Mittel als die ernſte Mahnung, davon nur im Nothfalle Gebrauch auf eigne Hand zu machen, und von dem Hergebrachten abzuweichen nur wo zwingende Gründe zu Tage

liegen. Gewohnheitsrecht iſt ſchwer zu definiren, wir verſtehen darunter gewöhnlich alles objektive Recht, das nicht Geſetzesrecht iſt, zum Theil unter einander nur ſehr entfernt verwandte Dinge. Einzelnen Zweigen des Gewohnheitsrechts könnte das Geſetz das Leben verkümmern, es kann mit einiger Ausſicht auf Erfolg gewiſſe nicht allzu enge Schranken ziehen, ein allgemeines Verbot von dem Allen, das wir unter dem Namen Gewohnheiten begreifen, einſchließlich namentlich der verſchiedenen gerichtlichen Gebräuche, wäre nicht bloß irrationell, ſondern auch undurchführbar, ein Schlag ins Waſſer, der böſen Willen und Unvermögen zugleich bekundet. Unleugbar liegt darin, daß die legislative Gewalt rechtlich (formal) unbegrenzt iſt, eine Gefahr: die mit der Ausübung Betrauten können ſich auch ſachlich für ungebunden erachten und dann auf die Irrpfade weiland Kaiſer Juſtinians gerathen, den religiöſen Glauben rechtlich zu normiren, und die Hiſtorie nachträglich zu korrigiren (SC. Trebellianum — SC. Pegasianum) unternehmen. Auch die den beſten Willen haben, begreifen oft nicht, daß manches Gute weit ſicherer durch „das Werdenlaſſen „als durch ein „Machenwollen" zu erreichen iſt. E. I wie E. II ſind zwei, insbeſondere hinſichts der in den allgemeinen Theil verwieſenen Fragen, äußerſt lückenhafte unzulängliche und auch „aus dem Geiſt der Rechtsordnung" durchaus nicht ausreichend zu ergänzende Geſetze; dieſe Lücken dürften mit diskreter Heranziehung der Entſcheidungen des Reichsgerichts und ausnahmsweiſe auch noch von Seuffert's Archiv meiſt alle zu erfüllen ſein. Und für die Zukunft wird dringend zu wünſchen ſein, daß nicht gleich jeder junge Richter daran gehe, beſtehendes Recht umzuprägen; das Volk verlangt vor allem nach Gleichmäßigkeit der Uebung, wie ſie ohne Reſpekt vor den Gewohnheiten und bewährter Praxis nie zu gewinnen iſt.

Die Gegenwart kann des Gewohnheitsrechts im w. S. entrathen gerade ſo wenig wie der Geſetze. Dabei mag ausdrücklich hervorgehoben werden, daß der Wirkungskreis der Gewohnheiten bei uns heutzutage zweifellos beſchränkter iſt als in Rom, zumal ſolange die auctoritas prudentium in Blüthe ſtand. Unſere Praxis kann wohl Recht machen iuris ciuilis (ſagen wir dafür „Geſetzesrecht") adiuuandi gratia, aber supplendi oder gar corrigendi gratia entweder gar nicht oder doch nur ganz ſelten. Auch das Recht aus dem neuen Geſetzbuch wird weiterer geſetzlichen Ergänzungen und Korrekturen bedürftig ſein, wo Praxis und andere Gewohnheitsbildungen nicht ausreichen, um es den Anforderungen der neueren Zeit entſprechend zu erhalten; erſt Spezialgeſetze, Novellen, ſpäter einmal, in vielleicht zwanzig bis dreißig Jahren, eine Generalreviſion. Man ſoll vor beiden keine übertriebene Angſt hegen, die dahin drängen würde, die Einführung des neuen Geſetzbuchs zu vertagen, bis daß wir einen derartiger Verbeſſerungen nicht mehr bedürftigen Entwurf zu Stande gebracht, d. h. ad kalendas Graecas. Die Hochfluth geſetzgeberiſcher Produktion, in der wir eben ſtehen, kann naturgemäß ſich nur allmählich verlaufen.

Einige Schwierigkeiten mag noch die Eingliederung des „Hand wahre Hand" in das neue Recht verurſachen. Die Kommiſſion hat bekanntlich (vgl. Reatz zu E. II 846 N. 3 A) mit minimaler Majorität (9 zu 8) beſchloſſen, betreffs des Glaubens des Erwerbers, dem Kläger (Vindikanten) den Beweis (folglich des böſen Glaubens ſeines Widerparts) aufzuhalſen. Aber auch hinſichts der äußeren Thatſachen iſt die Beweislaſtfrage nicht glatt zu beantworten. Vielleicht wäre es hiſtoriſch korrekt geweſen, das erwähnte Prinzip etwa in der Geſtalt aufzunehmen:

wenn der Eigenthümer ſeine Sache einem Dritten (Beſitz-

vermittler) anvertraut, ſo liegt hierin ein Verzicht auf die Vindikation wider alle die gutgläubig von dieſem Dritten erworben.

Dann hätte zweifellos der belangte Beſitzer dieſen Verzicht, alſo das Anvertrauen oder Beſitzmittlerbeſtellen zu beweiſen gehabt. Es liegt auf der Hand, daß hiermit das Gebiet des „Hand wahre Hand" aufs engſte beſchränkt wäre, und der Wortlaut E. II 848, 1 ſtimmt auch hiermit durchaus nicht:

Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 846, 847 tritt *nicht* ein, wenn die Sache dem Eigenthümer *geſtohlen, verloren gegangen oder ſonſt abhanden* gekommen war.

Dieſe „Ausnahme" wird derjenige beweiſen müſſen, der ſie behauptet, der Vindikant. Aber kann er ſie denn überhaupt beweiſen? Zumal da Eideszuſchiebungen durch RCPO. 410 regelmäßig ausgeſchloſſen ſein werden. „Beſtohlen werden", „verlieren", „abhanden kommen", dieſe drei Möglichkeiten wird Kläger gewöhnlich in die Behauptung zuſammenfaſſen:

die Sache iſt mir fortgekommen *ich weiß nicht wie*.

Und dies „ich weiß nicht wie" ſoll bewieſen werden? Aber auch, daß er ſie Niemand anvertraut habe, wird meiſtens, anders als etwa eidlich, wobei Zuſchiebung wieder auszuſchließen, nicht zu beweiſen ſein. — Gleichwohl halte ich die geſetzliche Korrektur hier für entbehrlich: eine geſchickte Praxis wird ein mögliches Beweisſchema herausfinden, eventuell mit Erleichterungen der Beweisführung dem Kläger entgegenkommen, den ohnehin nicht ſcharfzubeſtimmenden Gegenſatz von „beweiſen" und „glaubhaft machen" hier nicht urgieren, und um Wege nicht verlegen ſein, die zu dem eigenen eidlichen Erhärten des Klägers führen, von Thatſachen die ihrer Natur nach nur ihm allein bekannt ſein können.

Anders ſteht es mit dem constitutum possessorium.

Die ſchlechten Erfahrungen, die man daran gemacht hat, fließen vornehmlich aus der Unſicherheit ſeiner Geſtalt, den geringen Spuren, die ſein Abſchluß im Verkehrsleben zu hinterlaſſen pflegt, und der hierdurch bedingten Leichtigkeit, ein Konſtitut bald zu ſimuliren, bald wieder das reell vorhandene abzuleugnen. Das von der Doktrin und Praxis gegenwärtig zumeiſt empfohlene, (vgl. oben VII B, S. 52 f.) und auch in E. II 893 acceptirte Rezept, daß zwiſchen den Betheiligten „ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge deſſen der Erwerber den mittelbaren Beſitz erlangt", kann nicht helfen, weil auch dieſe „Vereinbarungen" ſo nach gemeinem Rechte wie nach E. II, ſelber den feſten Formen und deshalb jeder zuverläſſigen Greifbarkeit ermangeln. Um dem Uebel mit Erfolg zu begegnen, ſcheint es unumgänglich, dem C. P. eine beſtimmte leicht erkennbare Geſtalt zu geben. Leider wird man aus praktiſchen Gründen von Bezeichnungen der konſtituirten Sachen, wie von den Eintragungen in beſondere Bücher abſehen müſſen, und es bleibt alſo nur die Erhebung des Konſtituts zum Formalakt, wodurch freilich die Sicherheit des mittelbaren Beſitzers Dritten gegenüber direkt nicht gemehrt wird, immerhin aber die perſönliche Haftung des Konſtituenten verſchärft und die Simulation erſchwert werden kann. Die Form wäre nicht für ausnahmslos jedes C. P., vielmehr nur da zu erfordern, wo entweder der mittelbare Beſitzer einer beſſeren Sicherung zu bedürfen glaubt, oder der Konſtituent einer ausnahmsloſen Anerkennung des Geſchäfts, namentlich auch im Konkurſe gewiß ſein will; auch die Form dürfte ſelbſtverſtändlich nicht durch Schwerfälligkeit oder Koſtbarkeit abſchrecken. Schrift, notarielle Beglaubigung (vorausgeſetzt daß die Notariatsgebühren nicht höher ſind als in Baden), Stempelung, oder was ſonſt beſſeres gefunden werden mag. Beſonderes Gewicht wäre noch darauf zu legen, daß

die Form den Tag des Konſtituts mit größeſt möglicher Sicherheit hervortreten läßt und, um Simulationen zu begegnen, Vor- und Rückdatirungen ſo gut wie unmöglich machte. Bei der Auswahl der Form mag auch die Herſtellung von Beſitzpapieren in beſondere Erwägung zu nehmen ſein, deren Recht, wie bis vor kurzem geſchichtlich, ſo auch zur Stunde noch praktiſch einigermaßen im Argen zu liegen ſcheint, ausweislich RE. XXVII 19. — Die hiermit angedeutete Reform iſt zweifellos unter modernen Verhältniſſen durch Praxis oder Gewohnheit nicht herbeizuführen, ſie bedürfte eines Spezialgeſetzes, oder bei der bevorſtehenden Reviſion des Handelsgeſetzbuches Aufnahme der erforderlichen Beſtimmungen in dieſes; vielleicht genügt auch ein Zuſatz zur Konkursordnung.

Aehnliches wäre über das furtum possessionis zu ſagen. Gewiß verlangt es die große und geſunde Maſſe unſeres Volks nach derber Züchtigung der Untreuen begangen von Beſitzmittlern verſchiedenſter Art. Dazu bietet E. II keine Handhabe, ſo wenig wie das geltende Recht. Was wir fordern, ſind empfindliche Geldſtrafen, unabhängig von der Höhe des pekuniären Schadens der Verletzten; und bei denjenigen, die inſofern noch frivoler gehandelt haben, als ihre Mittelloſigkeit die Zahlung einer Geldbuße und der mit dieſer dem Geſchädigten zu gewährenden Genugthuung ausſchließt, entſprechende Freiheitsſtrafen. Wieder eine Rechtsänderung, die nur auf dem Wege der Geſetzgebung, am beſten wohl durch einen in das Strafgeſetzbuch aufzunehmenden Paragraphen auszuführen wäre.

---

II.

# Separation und Abſonderung.

Von **Dr. Paul Oertmann**, Docenten a. d. Berliner Univerſität.

In meiner Arbeit: „Das beneficium separationis im römiſchen und heutigen Recht“ [1]) hatte ich für das römiſche Separationsrecht der Erbſchaftsgläubiger das Prinzip aufgeſtellt, „daß durch ſeine Geltendmachung die durch den Erbſchaftsantritt erfolgte Vereinigung der Vermögenskreiſe des Erblaſſers und des Erben wieder aufgehoben werde“ [2]), scil. den Separatiſten gegenüber. Wenn alſo die R.K.O. in § 43 für den entſprechenden Fall nur eine Abſonderung der einzelnen noch vorhandenen Nachlaßſtücke zuläßt, ſo erſchien mir das als eine grundſätzliche Umgeſtaltung des Rechtsinſtituts, die ihm einen ganz anderen Charakter verleiht.

Von einer näheren Begründung meiner Anſicht glaubte ich damals abſehen zu dürfen. Freilich waren die Motive der K.O. von einer abweichenden Auffaſſung ausgegangen, freilich hatte ſelbſt das Reichsgericht gelegentlich in einer mit unſerer zuſammenhängenden Frage einen grundſätzlich verſchiedenen Standpunkt eingenommen [3]): aber von dieſen kurzen Bemerkungen abgeſehen, ſchien mir die von mir vertretene Auf-

1) In Grünhut's Zeitſchrift Bd. XVII.
2) Daſ. S. 285 und dort zitirte.
3) Seuffert's Archiv N. F. Bd. IX, N. 284: „Ein Rechtsſatz des

faſſung in der Literatur ſo feſtſtehend, durch die Quellen ſo zweifelsohne begründet, daß es genügte, ſie auszuſprechen.

Und doch war ſie einer näheren Begründung ebenſo fähig als bedürftig! Das wurde mir ſofort klar, als ich im vorigen Herbſte eine fleißige und gut geſchriebene Erſtlingsarbeit zu Geſicht bekam [4]), in der gegen die herrſchende Anſicht und ſpeziell gegen meine Ausführungen mit großer Energie und nicht ohne Geſchick zu Felde gezogen wurde. Hat mich auch mein Herr Gegner nicht im geringſten in meiner Auffaſſung wankend gemacht, ſo gebe ich doch gern zu, daß meine damaligen Argumente die ſchwierige Frage längſt nicht genügend zu klären vermochten. Das Verſäumte nachzuholen, ſoll Zweck der vorliegenden Zeilen zu ſein.

Würde es ſich bei unſerer Kontroverſe nur um eine einzelne Frage handeln ohne prinzipielles Intereſſe, eine Frage dazu, die durch die Konkursordnung ihre praktiſche Bedeutung wenn auch nicht völlig, ſo doch zum guten Theil eingebüßt hat: ſchwerlich würde ich es gewagt haben, die Geduld der Leſer durch einen weiteren Aufſatz auf die Probe zu ſtellen. Aber die anſcheinend ſo harmloſe Frage iſt, wie ich vermeine, von einem nicht zu unterſchätzenden allgemeinen juriſtiſchen Intereſſe. Denn iſt es wahr, daß die separatio bonorum die geſammte Erbſchaft ergreift, ſo iſt damit zugleich der Beweis erbracht, daß auch nach dem Erbſchaftsantritt die hereditas wenigſtens in gewiſſem Umfang eine beſondere Qualität, die Natur eines Sondervermögens behält: eines Son-

---

Inhalts, daß im Konkurſe ſtatt einer im Falle ihres Vorhandenſeins zu ſeparirenden, aber bei Eröffnung des Konkurſes nicht mehr vorhandenen Sache der daraus gezogene Erlös oder ihr Geldwert ſeparirt werden könne, beſteht im gemeinen Recht nicht."

4) E. Jäger, Die Vorausſetzungen des Nachlaßkonkurſes. München 1893.

dervermögens, quod accessionem et decessionem recipit, das beſondere Gläubiger und Schuldner hat. Nach der gegneriſchen Anſicht dagegen iſt das ererbte Vermögen mit dem eigenen des Erben zu einer untrennbaren Einheit vermiſcht, und höchſtens noch eine der Pfandhaftung ähnliche Exemtion einzelner Stücke von den gemeinſamen rechtlichen Schickſalen der geſammten Maſſe denkbar. Von dieſem Geſichtspunkt aus ſcheint mir unſere Frage bedeutſam genug, um nochmals ausführlicher erörtert zu werden.

---

Jäger präciſirt ſeine Auffaſſung dahin[1]: Es wird nicht eine hereditas als vorgeſtellte Einheit aller nachgelaſſenen Rechte und Schulden abgeſondert, ſondern nur eine Summe einzelner Rechte.

Die Gründe dafür ſind folgende:

1) Die Gütertrennung betrifft nicht alle Nachlaßgläubiger, ſondern nur die Antragſteller, ſo daß die Rechtswohlthat möglicherweiſe nur einem Theile der nachgelaſſenen Schulden zu Gute kommt.

2) Die Verfügungen des Erben über den Nachlaß bleiben aufrecht erhalten.

3) Die Quellenausdrücke beweiſen nichts für die von mir vertretene Auffaſſung.

4) Die Behauptung, daß die K.O. ein neues Inſtitut geſchaffen habe, iſt mit den Motiven unvereinbar (S. 33).

Gehen wir nun zur Prüfung dieſer Argumente über!

1) Auch diesſeits iſt angenommen worden, daß der einzelne Gläubiger zum Antrag auf Separation berechtigt ſei (S. 84, 292) — aber ſchwerlich beweiſt das etwas für

---

1) a. a. O. S. 30.

Jäger's Konſtruktion. Oder ſpricht es gegen die Univerſalität des gewöhnlichen Konkurſes, daß darin nicht alle Gläubiger von Amtswegen befriedigt werden, ſondern nur die am Verfahren theilnehmenden? Durch den Antrag eines Gläubigers wird auch bei der Separation den andern der Beitritt ermöglicht — machen ſie von der gebotenen Gelegenheit keinen Gebrauch, ſo kann die Befriedigung der Antragſteller ohne Rückſicht auf ſie erfolgen. Bleibt alsdann noch etwas von der Maſſe übrig, ſo wird es ihnen ſicherlich nicht verwehrt werden können, jetzt ihrerſeits einen erneuten Antrag auf Gütertrennung zu ſtellen. Haben ſie aber durch Annahme des Erben als Schuldners, wie ſie in der Klaganſtellung gegen ihn, einer Novation der Forderung, möglicherweiſe auch ſchon im Verzicht auf die Theilnahme an der Separation gefunden werden kann, ihre Anſprüche gegen die Erbmaſſe aufgegeben, oder iſt auch nur nach Befriedigung der Theilnehmer keine Maſſe mehr vorhanden: nun, dann ſind ſie eben perſönliche Gläubiger des Erben geworden — et putem, hos cum creditoribus heredis numerandos, wie Ulpian ſagt (l. 1 § 16 D. h. t. 42, 6), und müſſen ſich gefallen laſſen, als ſolche behandelt zu werden.

2) Noch weniger beweiſt das zweite Argument. Allerdings bleiben die bona fide vorgenommenen Rechtshandlungen des Erben aufrecht erhalten. Und warum ſollten ſie auch nicht? Iſt es doch zum Teil ſogar mit den Verfügungen des gutgläubigen possessor hereditatis, alſo eines wirklichen Nichtberechtigten, dem Effekte nach nicht anders. Hier aber iſt und bleibt der successor wahrer Erbe; die Separation macht ſeinen Erwerb nicht rückgängig: es tritt nur eine Theilung ſeines Vermögens in zwei getrennte Maſſen ein, die beide von einem und demſelben Subjekt regiert werden, beide aber ihren beſonderen Zwecken dienen — das Verhältniß

iſt ähnlich, wie zwiſchen Hauptvermögen und peculium. Oder wenn man für jede Maſſe einen beſonderen Herrn haben will: ſein eigenes Vermögen ſteht dem Erben zu qua sua persona, die Erbmaſſe qua Repräſentanten des in ihm juriſtiſch fortlebenden Erblaſſers — zwei Seelen wohnen in ſeiner Bruſt! Für eine Annullirung der Verfügungen des Erben über die hereditas iſt dabei nicht einmal Raum, geſchweige denn Bedürfniß verhanden. Daß, wenn die Erbſchaft nicht mehr vorhanden iſt, auch keine Separation mehr ſtattfinden kann, iſt ebenſo wahr, wie für unſere Frage unerheblich. Natürlich — wo nichts iſt, da hat der Kaiſer ſein Recht verloren! Hat eine völlige, unentwirrbare Vermiſchung beider Maſſen ſtattgefunden, ſo kann gleichfalls keine Separation zugelaſſen werden (l. 1 § 12 cit.), was um nichts weniger ſelbſtverſtändlich ſein dürfte. Impossibilium nulla est separatio, könnte man unter entſprechender Abänderung einer bekannten Rechtsparömie ſagen. Der römiſche Prätor war nicht formaliſtiſch genug, nur um der Konſequenz willen da ein Separationsdekret zu erteilen, wo ihm doch keine praktiſche Wirkung beſchieden ſein konnte. Auch das iſt nicht ohne Parallele in unſerem Konkursrecht.

Aber auch in dem Falle, lehrt Papinian in l. 2 D. h. t., daß die Erbſchaft bereits verkauft iſt, findet die Ausſonderung nicht mehr ſtatt. Dies ſpricht prima vista unleugbar in gewiſſem Sinne für die gegneriſche Auffaſſung, und es nimmt Wunder, daß Jäger dieſer Stelle ſeine Aufmerkſamkeit nicht gewidmet hat. Weil hier keine corpora hereditaria mehr beim Erben vorhanden ſind, iſt keine Gütertrennung mehr am Platze: Beweis genug, daß ſie ſich auch nur auf die einzelnen Stücke bezogen haben kann! Eine ſolche Beweisführung liegt nahe — aber durchſchlagend iſt ſie keineswegs! Müßte man unſere Stelle ſo verſtehen, dann bliebe ein auffälliger Widerſpruch zwiſchen ihr und den andern, unten zu erörternden vorhanden,

ein Widerſpruch, der nicht ohne Noth angenommen werden darf. Aber man kann das Fragment auch anders erklären. Papinian ſpricht gar nicht von einer rechtlichen Unzuläſſigkeit der Separation vendita hereditate, ſondern ſagt nur „frustra desiderabitur separatio“. Das kann ſich möglicherweiſe auf die ökonomiſche Werthloſigkeit der Maßnahmen beziehen — der Erbe mochte den Kaufpreis der ſo ſchnell fortgegebenen Erbſchaft längſt „verjubelt“ haben, ein Umſtand, der den Prätor von vornherein vom Erlaß eines doch nutzloſen Dekrets abhielt. Oder aber, und dieſe Deutung liegt noch weit näher, es ſtand nur die Frage zur Entſcheidung, ob die Gläubiger dem dritten Erwerber gegenüber eine Separation der in ſein Vermögen übergegangenen Erbmaſſe beanſpruchen können. Dieſe Frage wird, und zwar mit Recht, verneint. Dies aber nur: „utique si nulla fraudis incurrat suspicio“, eine Bemerkung, die ſich doch ſchlechterdings nur auf die Haftung oder Nichthaftung des dritten Erwerbers beziehen kann. Auch der Schlußſatz: „quae bona fide .... gesta sunt, rata conservari solent“ bezieht ſich offenſichtlich auf die Frage der Anfechtung von Verfügungen über die Erbſchaft zu Gunſten der Separatiſten. Die Frage, ob nicht ſeitens der Gläubiger der etwa noch vorhandene Kaufpreis der Erbſchaft vom Erben zur vorzugsweiſen Befriedigung eingefordert werden könne, hat der Juriſt danach gar nicht erörtert — vermuthlich war in casu beim Erben nichts mehr zu holen. Soweit das pretium noch vorhanden, würde Papinian konſequent die Separation haben zugeſtehen müſſen.

Jäger beſtreitet zwar mit dem Reichsgericht, daß bei der Separation gemeinrechtlich der Grundſatz der Erbſchaftsklage „pretium succedit in locum rei“ angewendet worden ſei; aber auch für den entgegengeſetzten Fall könne die Geltung desſelben in unſerer Frage nichts beweiſen, da eine entſprechende Be-

ſtimmung ſehr wohl auch in andern Fällen, als wo es ſich um eine Vermögenseinheit handle, durch poſitive Satzung eingeführt ſein könne. Gewiß — aber ein Beweismittel für die Einheitsqualität der zu ſeparirenden Maſſe würde die Geltung des obigen Satzes, wenn nachgewieſen, mindeſtens bilden. Denn von geſetzlicher oder ſonſt poſitiver Einführung desſelben iſt in unſerer faſt ausſchließlich von der Wiſſenſchaft ausgebildeten Materie ſicher nicht die Rede: hier haben die römiſchen Juriſten ungehemmt aus der Natur der Sache ihre Entſcheidungen entnommen.

Sie ſind alſo dazu gekommen, den Satz „pretium succedit etc.“ auch in unſerer Lehre anzuwenden, ſo kann nur die Annahme von der Einheitsqualität der Erbſchaft beſtimmend auf ſie eingewirkt haben.

Nun bin ich weit von der Prätenſion entfernt, in den Quellen eine völlig entſcheidende Stelle in dieſer Richtung gefunden zu haben; dagegen ergeben mehrere eine mindeſtens große Wahrſcheinlichkeit dafür.

a) In l. 5 D. h. t. wird geſagt:

„si post impetratam separationem aliquid heres acquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod acquisitum est illi qui separationem impetraverunt.“

Was alſo nach erlangter Separation noch aus Erbſchaftsmitteln erworben wird, ſoll ohne weiteres unter die zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger dienende Maſſe fallen. Dieſer Satz wäre unerklärlich, wenn das Separationsdekret einen numerus clausus beſtimmter Sachen umfaßte; dann bedürfte es zur Einbeziehung der neu hinzutretenden Stücke mindeſtens noch eines ergänzenden Nachtragsbeſchluſſes, wovon in der Stelle mit keinem Wort die Rede iſt. Nicht minder ſpricht dieſelbe für die Anwendbarkeit des Satzes „pretium succedit“;

denn unter dem neuen „Erwerb ex hereditate“ können nur Früchte und neben ihnen ſolche Gegenſtände gemeint ſein, die mit Erbſchaftsmitteln angeſchafft ſind. Sicherlich gehören ſolche etwaige Anſchaffungen nicht zum Erwerb des Erben „ex alia causa“, der allein von der Separation ausgeſchloſſen ſein ſoll.

b) Dafür ſpricht auch l. 1 § 12 D. h. t. Denn wenn hier die „mancipia et pecora“ als mögliche Objekte der Ausſonderung genannt werden, ſo iſt den Gläubigern gewiß nicht der Beweis aufzuerlegen, daß gerade die fraglichen Stücke ſchon zur Zeit des Erbſchaftserwerbes vorhanden waren: ſicherlich werden auch die neu eintretenden Thierjungen Gegenſtände der Separation bilden.

3) Noch weniger Glück hat Jäger mit ſeinem dritten Beweismittel. Der in Bezug auf die ſeparirte Maſſe angewendete Ausdruck „hereditas“ ſoll nichts beſagen; komme er doch auch im Titel XVIII, 4 „de hereditate vel actione vendita“ vor, wo es ſich bekanntlich nicht um eine Erbſchaft als Einheit handle. Nun iſt es natürlich richtig: der Erbſchaftskauf bewirkt keine Univerſalſucceſſion. Das heißt mit dinglicher Wirkung, Dritten gegenüber: unter ſich dagegen ſind die Parteien wechſelſeitig berechtigt und verpflichtet, ſich alles ſo zu leiſten und zu erſetzen, daß der ökonomiſche Effekt der Erbſchaft auf den andern übergewälzt wird. Inter partes geht alſo in der That die hereditas über, findet in gewiſſem Sinne eine Univerſalſucceſſion ſtatt, und nur auf dieſe obligatoriſchen Beziehungen inter partes erſtreckt ſich der im Obligationenrecht ſtehende Titel XVIII, 4. Gegenſtand des Verkaufes bildet alles, was zur Erbſchaft gehört, alſo mit einem Worte geſagt die hereditas; nicht ein bloßes Aggregat einzelner Stücke als ſolcher, ſondern die einzelnen nur, weil und ſoweit ſie zur Erbſchaft gehören. Daraus erklären ſich

die Einzelentscheidungen dieser Lehre; cf. auch l. 2 § 9 D. t. c. XVIII, 4:

„sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere."

Oder will unser Gegner etwa behaupten, es handle sich auch beim Erbschaftskauf, wie er es bei der Separation vermeint, um einen Verkauf einzelner Sachen? Wie erklärt er dann die l. 2 § 10 t. c., wo doch die Herausgabe des Kaufpreises der veräußerten res hereditaria vom Verkäufer an den Käufer der Erbschaft als etwas sozusagen Selbstverständliches erwähnt wird? Ja, Ulpian stellt in § 1 daselbst direkt das Prinzip auf, ut, quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse. Und in § 3 heißt es: sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est, ad eum pretia rerum pervenisse." cf. auch § 8 daselbst.

Tritt schon in l. 2 § 1 cit. der Parallelismus mit dem bei der Separation geltenden Recht auffällig zu Tage — man erinnere sich an die Ausführungen der l. 5 de separ. — so wirkt in dieser Hinsicht noch schlagender l. 3 D. t. c. 18, 4:

„si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emtori teneri".

Wer erinnert sich dabei nicht der oben citirten l. 1 § 12, l. 2 D. de separ.?

---

Bislang befand ich mich meinem Gegner gegenüber mehr im Vertheidigungszustand. Da ich nun gerade bei Erörterung der Quellen bin, scheint es mir angemessen, meinerseits zum Angriff überzugehen und die Unhaltbarkeit der gegnerischen Auffassung aus ihnen heraus zu erweisen; das vierte geg-

Digitized by Google

neriſche Argument — die Konſtruktion der Motive zur K.O. — hebe ich mir für nachher auf.

1) Am wenigſten möchte das Schwergericht auf den Wortlaut der Quellenſtellen zu legen ſein, obwohl er immerhin meine Auffaſſung zu unterſtützen geeignet iſt. So ſagt Ulpian in l. 1 § 1 D. h. t.:

„et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem"

Man kann das entweder überſetzen: „es findet Konkurs ſtatt über gewiſſermaßen zwei Vermögensmaſſen", oder aber „es findet Konkurs ſtatt über das Vermögen von gewiſſermaßen zwei Perſonen". M. E. iſt der zweiten Auslegung entſchieden der Vorzug zu geben — die Wendung „quasi dua bona", gleichſam zwei Vermögen, wäre eine auffällige und wenig geſchmackvolle, und daß der ſonſt ſo klare Stiliſt Ulpian den Sinn durch die ganz unnöthige Zwiſchenſchiebung des „fieri" zwiſchen zwei zuſammengehörige Worte verdunkelt haben ſolle, iſt vollends nicht zu vermuthen. Endlich kann auch das für die zweite Interpretation angeführt werden, daß ſich die l. 5 h. t. einer ganz ähnlichen Wendung bedient: „quasi defuncti bona vendiderunt", einer Wendung, die zur gegneriſchen Konſtruktion überhaupt herzlich wenig paßt. Andererſeits kann uns das „quasi" der beiden Fragmente nicht Wunder nehmen: in Wahrheit iſt es doch nicht der Verſtorbene, ſondern der Erbe, nur als Repräſentant desſelben, über deſſen Vermögen der Konkurs eröffnet wird.

Wie man aber auch unſere Stelle auffaſſen mag: jedenfalls ſoll nach ihr ein Doppelkonkurs ſtattfinden, ſoll es zu einem doppelten en bloc-Verkauf kommen. Wie aber dieſer hinſichtlich einzelner bloßer körperlicher Nachlaßſachen ſtattfinden konnte, iſt unerfindlich: die venditio bonorum bezieht ſich nicht auf zuſammenhangloſe Einzelobjekte, ſondern nothwendig auf eine Vermögenseinheit.

2) In demſelben Paragraphen heißt es: „ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur.“ Auch das ſcheint auf eine vollſtändige Trennung beider Maſſen hinzuweiſen. Die eine Gläubigerklaſſe bekommt den erſten, die andere den zweiten Vermögenskomplex zwecks Befriedigung.

3) In l. 1 § 6 h. t. wird geſagt:

„Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat, ex quibus causis solet hoc evenire. et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subveniemus: hoc et Divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.“

Freilich iſt dies ein „beſonderer Fall“, wie Jäger hervorhebt: er hätte ſich noch auf Ubbelohde's[1]) Vorgang berufen können, der darin unter Berufung auf die l. 11 § 2 D. XXXVI, 1 nur eine Anwendung der restitutio in integrum erblickt. Dies iſt freilich eine Behauptung, die das am Schluß unſerer Stelle auch den Gläubigern des Fiduziars gewährte Recht auf „separatio quaedam“ ignorirt und wohl ſchwerlich erklären kann.

Aber wie dem auch ſei — jedenfalls behandelt Ulpian den Fall mitten in der Lehre von der eigentlichen Separation, woraus doch wohl ohne allzu große Kühnheit der Schluß gezogen werden kann, daß er ihn dieſer in Bezug auf die Wirkung — Trennung der beiden Vermögensmaſſen — gleichgeſtellt haben wird. Wenn es alſo dabei ſo gehalten wird,

1) Archiv f. civ. Pr. Bd. 61 S. 68.

„als wenn die Erbſchaft nicht angetreten worden wäre", d. h. eine völlige Ausſonderung der Erbmaſſe ſtattfindet — wie ſollte es dann bei der eigentlichen Separation grundſätzlich anders ſein? Es war einem Ulpian, mag man ſeinen Schriftſtellerruhm auch noch ſo ſehr antaſten, wohl zuzumuthen, auf eine ſolch fundamentale Verſchiedenheit deutlich hinzuweiſen, ſtatt, wie er thut, an die Beſprechung dieſes die eines regelrechten Separationsfalles im nächſten Paragraphen mit „item" anzuſchließen! Freilich nur „quasi separatio quaedam" ſoll nach § 6 eintreten — aber die Verſchiedenheit liegt auf der Hand! Während ſonſt dem Erben und ſeinen Gläubigern das Separationsrecht mit großer Entſchiedenheit abgeſprochen wird (l. 1 § 5 D. h. t.), ſind ſie hier gerade die Antragſteller: der Unterſchied iſt alſo im Kreiſe der berechtigten Perſonen zu finden. Wäre die Sache eine grundſätzlich verſchiedene, wie Jäger will, dann dürfte man doch ſchwerlich beide mit demſelben Terminus „separatio" belegen.

4) Zu Gunſten der Gläubiger des Erben wird eine separatio zwar nicht bejaht, aber doch als eine mögliche, ihnen jedenfalls zweckdienliche Maßnahme erörtert, ſofern der Erbe in fraudem creditorum angetreten hat. Ja, in gewiſſen Fällen wird hier eine Hilfe „extra ordinem" verheißen, was freilich „non facile admissum est" (l. 1 § 5 cit.). Der Ausdruck „separatio" findet ſich auch hier verwendet. Das Ziel der Maßnahme kann aber dabei nothwendig nur in einer völligen Trennung beider Vermögensmaſſen beſtehen — der Erbſchaftserwerb als ſolcher wird ſozuſagen angefochten. Ein bloßes vorzügliches Befriedigungsrecht den Erbſchaftsgläubigern zu verſchaffen, daran hatten die creditores heredis nicht das mindeſte Intereſſe: eher im Gegentheil.

5) In l. 1 § 10 D. h. t. wird von den Gläubigern,

die den Erben als persönlichen Schuldner angenommen haben, gesagt: „non possunt se ab eo separare". Daraus ist a contrario zu folgern: also liegt in der Betheiligung an der Separation eine Trennung, Lossagung vom Erben. Wie aber von einer solchen geredet werden kann, wenn auch nach vollzogener Absonderung der Erbmasse nur ein Schuldner, nur ein Vermögen vorhanden ist, von dem nur einzelne Stücke zur vorzüglichen Befriedigung gewisser Gläubiger dienen, ist unerfindlich.

Aehnlich wird in § 15 von „personam heredis sequi" gesprochen.

6) l. 1 § 16 zählt denjenigen, welcher den Erben als Schuldner angenommen hat, zu dessen Gläubigern. Also müssen im Gegentheil die Aussonderungsberechtigten nicht Gläubiger des Erben, sondern solche der Erbschaft sein.

7) In l. 1 § 17 finden sich die „bona defuncti" und „bona heredis" gegenübergestellt, was für Jäger unerklärlich bleiben muß — denn nach seiner Theorie stehen sich gar nicht zwei äquivalente Vermögensmassen gegenüber.

Im selben § 17 heißt es auch:

„separatio, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit";

im Sinne des Gegners gleichfalls eine sehr auffällige Ausdrucksweise!

8) Begründung der Entscheidung in l. 5 i. f.:

„proprii autem heredis creditores habent propria eius bona et personam, quae potest donec vivit acquirere".

Also muß doch angenommen werden, daß im Gegensatz dazu die Erbschaftsgläubiger nicht den Erben, sondern nur die in der Erbschaft fortlebende Persönlichkeit des Erblassers zum Schuldner haben. Daher „recesserunt a persona heredis".

9) Endlich wird das „separare hereditates“ im Sinne einer völligen Trennung zweier Vermögensmaſſen auch gebraucht in der l. 10 § 2 D. de vulg. et pupill. subst. XXXVIII, 6.

---

Aber alle dieſe aus dem Sprachgebrauch der Quellen geſchöpfen Argumente wiegen federleicht gegenüber den materiellen, zu denen jetzt überzugehen iſt.

1) Nach der gegneriſchen Anſicht iſt es doch wohl unerklärlich, wieſo durch eine perſönliche Inanſpruchnahme des Erben das Separationsrecht verloren gehen ſoll. Nach Jäger iſt und bleibt Schuldner der Erbe, und es tritt durch die Abſonderung nur ein vorzügliches Befriedigungsrecht aus einem Theil ſeiner Vermögensſtücke ein. Bei einer ſolchen Geſtaltung wäre doch mindeſtens disputabel, ob dadurch auf dieſes Recht verzichtet werde, daß man es nicht ſofort geltend macht. Das Separationsrecht hätte eine weſentlich pfandrechtliche Natur — verliert aber der Pfandgläubiger etwa durch Erhebung der perſönlichen Klage ſeine Gerechtſame? Ganz anders, wenn man Erbſchaft und Erbenvermögen als zwei getrennte oder vielmehr trennbare Vermögensſphären auffaßt, zwiſchen denen den Gläubigern wegen ihrer Befriedigung das Wahlrecht zuſteht: durch die electio der einen Maſſe verlieren ſie ihre Rechte an der anderen.

2) Aber noch weit entſcheidender ſpricht der umgekehrte Satz für meine Auffaſſung: durch Betheiligung bei der Separation iſt für die Erbſchaftsgläubiger der perſönliche Anſpruch gegen den Erben erloſchen, wie uns l. 1 § 17 und l. 5 h. t. kundgeben. Das iſt zwar wegen der anſcheinend widerſtreitenden l. 3 daſelbſt beſtritten worden: indes, wie ich in meiner früheren Abhandlung (S. 316) dargethan zu haben glaube, mit wenig Grund. So ſtehen denn heute, mit der allerdings

ſchwerwiegenden einzigen Ausnahme Windſcheid's, ſo ziemlich alle Romaniſten in dieſer Frage auf dem hier vertretenen Standpunkt. Ja, ſelbſt Jäger tritt (S. 39) für den Wegfall des perſönlichen Anſpruches der Separatiſten gegen den Erben ein — hier ein doppelt willkommener Bundesgenoſſe! Nun iſt aber doch beim beſten Willen nicht zu verſtehen, wieſo ein bloßes Exekutionsprivileg bezüglich gewiſſer einzelner Sachen die Haftung des übrigen Vermögens ſoll beeinträchtigen können. Eine ſolche Beſtimmung würde auf gleicher Höhe mit der ſtehen, welche dem Pfandgläubiger nach Geltendmachung des Pfandrechts den perſönlichen Anſpruch gegen den Schuldner verſagt. Wo iſt aber — noch dazu im römiſchen Recht — eine ſolch ſeltſame Satzung zu finden? Beim Separationsrecht hingegen behandeln Ulpian und Paulus den Wegfall der Haftung des Erben gewiſſermaßen als etwas Selbſtverſtändliches; und ſelbſt ihr Gegner Papinian will dieſelbe nur ſubſidiär, im äußerſten Notfall, zulaſſen; noch dazu in etwas zaghafter Form: probari commodius est". Jene aber motiviren, für Jäger ſchwer erklärlicher Weiſe, ihre Entſcheidung nicht etwa unter Berufung auf eine poſitive Beſtimmung, ſondern folgern ſie aus dem Weſen des Inſtituts ſelbſt; ſie ſagen von den Erbſchaftsgläubigern, daß ſie „recesserunt a persona heredis", „non poterunt reverti ad heredem" (l. 5 cit.) und dergleichen. Aehnlich iſt die Ausdrucksweiſe von l. 1 § 17.

Für den gegentheiligen Standpunkt dagegen, der nur eine Abſonderung einzelner Stücke kennt, liegt die Fortdauer der Haftung des Erben viel näher, und, ganz folgerecht von der in ihren Motiven enthaltenen Auffaſſung des Separationsrechtes aus, hat denn auch die K.-O. in § 57 eine ſolche Fortdauer ſtatuirt.

3) War der Erblaſſer Bürge, der Erbe aber Haupt-

ſchuldner, ſo kann der Gläubiger wegen der Bürgſchaftsſchuld an der Separation theilnehmen, l. 3 § 1 h. t. Das dürfte ſchwer zu erklären ſein, wenn beide Vermögensmaſſen keine Selbſtändigkeit mehr beſäßen, ſondern nur eine Maſſe vorhanden wäre.

4) Würden bei der Separation nur einzelne Stücke abgeſondert, ſo müßte konſequent den Erbſchaftsſchuldnern das Recht zuſtehen, mit Forderungen an den Erben zu kompenſiren; umgekehrt müßten die Schuldner des Erben aufrechnen können mit Forderungen an die Erbmaſſe. Iſt das aber zuläſſig? Mit dieſer Frage hat ſich unlängſt Caſſo[1]) beſchäftigt und ſie, ſicherlich mit Recht, verneint: Bei der Separation dürfen die Schuldner des Erben nicht kompenſiren mit Forderungen gegen den Erblaſſer. Umgekehrt darf der Erbe ſeine Schulden nicht tilgen durch Aufrechnung mit Erbſchaftsanſprüchen. Der Grund ſoll freilich nicht darin zu ſuchen ſein, daß Erbe und Erbſchaft zwei Vermögensſubjekte bilden; denn wenn auch juriſtiſch eine Trennung ſtattgefunden hat, ſo iſt doch dasſelbe Subjekt beider Maſſen geblieben. Wohl aber iſt die Kompenſation Verfügungsakt, ein ſolcher aber darf bez. der Erbſchaft nicht vorgenommen werden. Dieſe Begründung iſt m. E. nicht ausreichend; wollten wir uns mit ihr begnügen, ſo müßte jedenfalls den Schuldnern des Erben eine Kompenſation der vorbezeichneten Art geſtattet werden: ſie „verfügen" ja nicht über die Erbſchaft, ſondern über das Vermögen des Erben. So bleibt nichts übrig, als den Grund in der völligen Trennung beider Maſſen, die nur mit dem Zweck der Separation ihre Grenze findet, zu ſuchen.

Auch Eiſele[2]) ſtimmt in der Sache — Ausſchluß der

1) „Die Haftung des Beneſizialerben", Berliner Diſſertation von 1888, S. 30.

2) Kompenſation S. 293.

Kompenſation — wenigſtens bez. der Befugniſſe des Erben mit Caſſo und mir überein; er fügt aber die Bemerkung bei, es ſeien bei der Separation die Vermögensmaſſen nur faktiſch, nicht rechtlich getheilt; ſie hätten ihrer ungeachtet noch ein Subjekt, ſeien juriſtiſch nur ein Vermögen. Völlig zuſtimmen kann ich dieſer Ausführung des verehrten Forſchers auf keinen Fall: andrerſeits ſteht aber noch ſehr dahin, ob er ſich damit voll und ganz in den Dienſt der gegneriſchen Lehre geſtellt hat.

Näher kommt Dernburg[1]) der hier vertretenen Auffaſſung: es tritt eine Trennung beider Vermögensmaſſen ein; der Erbſchaftsgläubiger ſoll jetzt Befriedigung nicht mehr durch Kompenſation mit Anſprüchen des Erben herſtellen können, da dieſer ihm nicht mehr perſönlich haftet. Andrerſeits dürfte der Erbe wohl das Recht haben, ſeine Forderungen auf Erbſchaftsſchulden anzurechnen, da er ſich dabei nur erworbener Rechte bedient.

---

Es bleibt noch das letzte Argument meines Gegners: Die Auffaſſung der Motive zur K.-O. Was dieſe für das gemeine Recht beweiſen ſoll, vermag ich überhaupt nicht einzuſehen; ſie hat inſoweit nur den Werth einer wiſſenſchaftlichen Privatanſicht ihres Verfaſſers, die ſich noch dazu die Beweisführung recht leicht gemacht, oder eigentlich ganz erſpart hat. Aber auch für das Reichsrecht ſind die Motive weder Geſetz noch authentiſche Interpretation; wie wenig ſie für die Auslegung des Geſetzes ausſchlaggebende Bedeutung in Anſpruch nehmen können, hat ſchon Coſack in ſeinem „Anfechtungsrecht" an einem ſchlagenden Beiſpiel dargethan. Jäger's Bemerkung, daß die Motive für meine Auffaſſung keinen Raum ließen, iſt daher unverſtändlich.

---

1) Kompenſation, Aufl. 2, S. 402.

Aber die Motive ſind für die gegneriſche Theorie überhaupt ein ſehr unzuverläſſiger Bundesgenoſſe. Sie leugnen die Möglichkeit eines beſonderen Erbſchaftskonkurſes nach vorbehaltloſem Erwerb der Erbſchaft, weil dieſe damit die Einheit eingebüßt habe. Wie dieſe Annahme mit dem römiſchen Recht verträglich ſein ſoll, iſt unerfindlich. War doch zur Zeit, als die Pandektenjuriſten ſchrieben, das beneficium inventarii noch lange nicht erfunden, alſo jeder Erbſchaftserwerb ein vorbehaltloſer. Und doch wird ein beſonderer Konkurs über die bona defuncti nicht nur anſtandslos zugelaſſen, ſondern als die normale Art der Durchführung des Separationsrechtes charakteriſirt, l. 1 § 1 h. t.

Freilich — wenn es wahr wäre, daß die Separation nur einzelne res hereditariae ergreift, ſo würde ein Spezialkonkurs über die Erbſchaft ſchwerlich denkbar ſein — dieſe Folgerung der Motive iſt an ſich unanfechtbar; der Fehler liegt nur in der Unrichtigkeit der Prämiſſe. In dieſem Punkte können wir der Polemik Jäger's gegen die Motive nicht Recht geben, obwohl er die Autorität Kohler's[1]) auf ſeiner Seite hat. Auch wir nehmen an, daß die bloße Abſonderung einzelner Stücke, wie ſie § 43 K.-O. vorſchreibt, nicht zur Eröffnuug eines ſeparaten Nachlaßkonkurſes zu führen vermag. Das gemeinrechtliche Inſtitut der Ausſonderung der Erbmaſſe und die reichsrechtliche Abſonderung der Nachlaßſtücke im Sinne des § 43 K.-O. ſind eben grundſätzlich verſchiedene Inſtitute, wenn ſich auch die Motive dieſer Verſchiedenheit ſelbſt nicht bewußt waren und die Vorſchrift des § 43 mit dem gemeinrechtlichen Inſtitut der Separation in Einklang wähnten. Freilich haben die Beſtimmungen der K.-O. kein ganz neues

1) Konkursrecht S. 88. Jäger's Berufung auf die Pandektenlehrbücher (S. 38) trifft dagegen nicht zu, weil ſie nur die gemeinrechtliche Ausſonderung im Auge haben, die ſehr wohl zum Konkurſe führen kann.

Institut aus der Erde gestampft; aber da sie den bisherigen Rechtszustand nur innerhalb des Rahmens des § 43 aufrechterhalten, so ist dadurch für das bisher viel weitergehende Gemeine Recht ein neues Rechtsinstitut minderen Grades entstanden, auf das auch entsprechend andere Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind. Alle Sätze der gemeinrechtlichen Separation, die sich aus deren Grundcharakter als einer vollkommenen Erbschaftsaussonderung ergeben und damit zusammenhängen, können dafür jedenfalls nicht ohne weiteres maßgebend sein.

Das gilt einmal hinsichtlich des Nachlaßkonkurses, der nach Gemeinem Recht über die separirte Erbschaft zulässig ist, nach Reichsrecht über die abgesonderten Stücke nicht. Es gilt aber auch — und darauf ist noch einzugehen — vor allem hinsichtlich der Frage nach der persönlichen Haftung des Erben Schon in meiner früheren Abhandlung habe ich die Ansicht aufgestellt (S. 298 fg.), daß das Recht des § 43 noch einen persönlichen Anspruch gegen den Erben übrig lasse. Das hat mich freilich Jäger's heftigem Angriff ausgesetzt (S. 39) — aber ich muß trotzdem bei meiner Behauptung stehen bleiben, wenn ich auch gern zugebe, daß die Sache nicht über jeden Zweifel erhaben ist.

Der § 57 der K.-O. besagt:

„Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist."

Freilich liegt nun folgender Schluß nahe, und ihn haben schon vor Jäger die Kommentare von Sarwey, Petersen-

Kleinfeller (zu § 57 N. 3) und andere gezogen: § 57 gewährt nur dem Abſonderungsberechtigten das Recht auf Befriedigung aus der Konkursmaſſe, dem der Schuldner auch perſönlich haftet; dem Separatiſten gegenüber iſt nun aber ſeine perſönliche Haftung erloſchen, folglich greift § 57 zu deſſen Gunſten nicht durch. Dies gleichmäßig bei Erbſchaftserwerb mit oder ohne Vorbehalt.

Mein Standpunkt iſt demgegenüber der folgende:

Es giebt Abſonderungsberechtigte, denen der Gemeinſchuldner perſönlich haftet; aber auch ſolche, bei denen dies von vornherein nicht der Fall iſt. Zu dieſen würden namentlich zu rechnen ſein Pfandgläubiger, denen jemand für eine fremde Schuld ein Pfand beſtellt hat; Grundſchuldgläubiger; endlich nach der gemeinrechtlichen Geſtaltung auch Erbſchaftsgläubiger gegenüber einem Beneſizialerben. Dagegen die ſeparirenden Gläubiger gehören nicht hierher, ſofern der Erbe die Erbſchaft vorbehaltlos angetreten hat; freilich verlieren ſie in Folge der Separation nach Gemeinem Recht ihren perſönlichen Anſpruch — aber das iſt nur eine Wirkung der Ausſonderung, keine Qualität des Rechtsverhältniſſes an ſich. Da nun aber jetzt für den Bereich des Konkurſes der Einfluß der Separation auf die Inanſpruchnahme des Gemeinſchuldners nach Maßgabe von § 57 K.-O. zu beſtimmen iſt, die hier angegebene Vorbedingung aber — „wenn der Gemeinſchuldner auch perſönlich für ſie haftet" — für unſeren Fall zutrifft, ſo greift auch die Folge Platz, welche unſer Paragraph daran anſchließt.

Aber auch abgeſehen davon muß daran feſtgehalten werden, daß eine Beſtimmung, welche für das gemeinrechtliche Inſtitut der Ausſonderung galt, für die Abſonderung des § 43 durchaus nicht ohne weiteres anwendbar iſt. Jene bewirkte für die Gläubiger eine völlige Trennung zweier Vermögensmaſſen, atque si hereditas adita non esset. Mit ſolcher Geſtaltung war ein weiterer perſönlicher Anſpruch der Gläu-

biger schwer verträglich — theoretisch kaum haltbar und dazu praktischen Bedenken ausgesetzt. Dagegen die Absonderung des § 43 begründet nur ein vorzügliches Befriedigungsrecht aus gewissen Gegenständen; von einer Scheidung zweier Vermögensmassen ist dabei, wie die Motive scharf hervorheben, nicht die Rede: soll doch der Nachlaß durch den vorbehaltlosen Erbschaftsantritt seine Einheit unwiderbringlich verloren haben!

Die gegentheilige Annahme würde auch zu unerträglichen praktischen Konsequenzen führen! Der Erbe hat optima fide mit Erbschaftsgeldern seine Schulden bezahlt, Früchte und sonstige Erbschaftssachen verkauft, Grundstücke verpfändet oder — wie das bei insolventen Menschen nur zu oft geschieht — durch Raubwirthschaft entwerthet: die Erbschaftsgläubiger, die dann nichts wissen und nun von ihrem guten Recht auf Absonderung Gebrauch machen, sollen wegen des Ausfalls keinen Anspruch an den Erben bezw. an dessen Konkursmasse mehr haben? Das wäre ungerecht im höchsten Grade und würde die Absonderung zum gefährlichsten va banque-Spiel der Gläubiger herabwürdigen. Selbst für eine gleichmäßige Befriedigung der einzelnen Separatisten fehlt es dabei an einem rationellen Verfahren — wenigstens die Motive erklären, wie wir sahen, einen Spezialkonkurs über eine vorbehaltlos angetretene Erbschaft für ein Unding. Diesen Bedenken verschließt sich selbst Jäger nicht; nur um den Preis einer Polemik gegen die Motive kann er daraus einen Ausweg finden: für ihn, der mir den Widerspruch gegen die Motive so lebhaft vorwirft, gewiß eine bedenkliche Waffe!

Nach alledem bietet mir die erneute Prüfung der Frage nicht den mindesten Anlaß, von dem früher aufgestellten Gegensatz der gemeinrechtlichen Separation und der Absonderung des Reichsrechtes irgendwie abzugehen.

# Die proviſoriſche Einweiſung des teſtamentariſchen Erben in den Beſitz der Erbſchaft nach gemeinem Recht.

Von Gerichtsaſſeſſor **O. Rieſebieter** in Oberſtein a./d. Nahe.

## Inhalt.


Seite

**I. Geſchichtliche Entwickelung des Rechtsmittels und ſein Verhältnis zum interdictum quorum bonorum . . 104—111**

**II. Zweck der Juſtinianiſchen Verordnung . . . . . 111—113**

**III. Bedeutung der Juſtinianiſchen Verordnung im heutigen Recht . . . . . 113—116**

**IV. Die materiellrechtlichen Beſtimmungen der Juſtinianiſchen Verordnung . . . . . 116—140**

A. Vorausſetzungen der Einweiſung . . . . . 116—134

1. Iſt das Vorhandenſein eines Prozeßgegners nothwendig? 116—118

2. Vorausſetzungen in der Perſon des Imploranten . 118—131

a. Poteſtative . . . . . 118—122

b. Caſuelle . . . . . 122—131

3. Vorausſetzungen in der Perſon des vorhandenen Imploraten . . . . . 131—134

B. Wirkungen der Einweiſung . . . . . 134—140

1. Gegenſtand derſelben . . . . . 134—138

2. Juriſtiſcher Beſitz oder Detention . . . . . 138—139

3. Verhältniß des Eingewieſenen zum definitiven Erben 139—140

**V. Prozeßrechtliches . . . . . 140—166**

A. Der Miſſionsprozeß . . . . . 140—166

1. Die Parteien . . . . . 141—145

2. Das Verfahren ſelbſt . . . . . 145—166

a. zu Juſtinians Zeiten . . . . . 145—155

b. im gemeinen Recht . . . . . 155—158

c. ſeit 1879 . . . . . 158—163

3. Der Beweis . . . . . 163—165

B. Das petitoriſche Verfahren . . . . . 166

**VI. Schluß und Betrachtung de lege ferenda . . . . . 166—168**

## I.

## Geschichtliche Entwickelung des Rechtsmittels und sein Verhältniß zum interdictum quorum bonorum.

In l 3 Cod. de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6,33 findet sich eine zu Konstantinopel erlassene Verordnung des Kaisers Justinian vom 21. März 531, welche, wie folgt, beginnt:

„Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nihilo minus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem ejusdem edicti promulgata sunt . . . .“

Diese einleitenden Worte der kaiserlichen Konstitution enthalten den Grund ihres Erlasses: Justinian beabsichtigte, durch dieselbe ein Edikt des Kaisers Hadrian aufzuheben oder richtiger gesagt, abzuändern, da die Grundgedanken der neuen Konstitution dieselben sind. Wie nun im Einzelnen die Bestimmungen und die Grundsätze des Hadrianischen Edikts gewesen, insbesondere welche Nachweisungen vom Kläger verlangt wurden, um ihn der Wohlthat des Rechtsmittels theilhaftig werden zu lassen, darüber ist uns Näheres nicht überkommen; nur soviel wissen wir, daß die Verordnung erlassen wurde einerseits zwecks schleunigerer Beitreibung einer seit Augustus [1]) an den Staat zu zahlenden fünfprozentigen Erbschaftssteuer, der sog. vicesima hereditatum, andererseits aus Fürsorge

1) Wieling Lect. II 32 de lege Julia Vicesimaria.

für die berechtigten Intereſſen Verſtorbener und deren Erben. Man wollte hier ein Rechtsmittel ſchaffen, das „beneficio celeritatis inventum nicht den injuriae tarditatis verfallen ſolle und das, abgeſehen von der definitiven, durch successionis vindicatio zu erledigenden hereditatis quaestio, dem als nächſtberufen Auftretenden aliquam utilitatem in der raſchen Erlangung der corpora hereditaria gewähren ſolle" (Leiſt in Glück, Erl. der Pand., Buch 37 Teil 2 S. 426). Im übrigen ſteht nur folgendes feſt: Der in einem ſchriftlichen Teſtamente eingeſetzte Erbe, der heres scriptus, wurde auf ſein Anſuchen hin „in possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator possederat" eingewieſen, falls er es binnen Jahresfriſt verlangte [1]); dabei war jedoch Vorausſetzung, daß das Teſtament der dafür kompetenten Behörde übergeben und von dieſer publiziert worden war, („ut oportuit oblatum et publice recitatum" Paulus III 5 § 17). Auch durfte das Teſtament nicht an einem ſichtbaren Mangel leiden, während dagegen Einreden, das Teſtament ſei falsum oder ruptum oder irritum, salva eorum disceptatione zurückgewieſen wurden [2]). Ferner hat uns Juſtinian in l. 2 Cod. 6,33 überliefert, daß auch der Einwand, es ſei ein praeteritus suus vorhanden, oder das Teſtament ſei inofficiosum vel alio vitio subjectum, oder der Erblaſſer ſei als Sklave geſtorben, die missio ebenſowenig habe abhalten können, wie dies nach l. 7 pr. D. de appell. rec. 49,5 die Appellation gegen das Einweiſungsdekret zu bewirken vermochte. Endlich ſagt uns Juſtinian in l. 1 Cod. 6,33: „Cum inter institutum et substitutum controversia moveatur: eum, qui primo loco institutus est, induci in possessionem oportet." Aehnlich Paulus III 5 § 15.

1) Paulus sent. III 5 § 16.

2) Paulus III 5 § 14.

Da nun obige Beſtimmungen faſt ausnahmslos in die Verordnung Juſtinian's aufgenommen ſind, letzterer aber zugleich der „multae ambagines et difficultates et indiscretae narrationes“ wegen das Edikt Hadrian's abänderte, ſo erhellt daraus, daß bei dieſem noch andere Beſtimmungen Anwendung gefunden haben [1]). Wie dem aber auch geweſen ſein mag, ſoviel wiſſen wir: durch das Hadrianiſche Edikt ward die Wirkung erzielt, daß fortan auch der Erbe aus einem civilen Teſtament daſſelbe zu erreichen vermochte, was der Erbe aus einem prätoriſchen Teſtament durch Erbittung der bonorum possessio secundum tabulas ſchon ehedem bewirken konnte: die Möglichkeit einer beſchleunigten Einweiſung in die Nachlaßobjekte. Damit war nun allen Erben, auch den praetoriſchen, ein bequemes Rechtsmittel gegeben, alsbald in den Beſitz und Genuß der Erbſchaft zu gelangen. Wir können damit über die von Leiſt (Bonorum possessio, Bd. II Th. II S. 155 ff.) und Ubbelohde (Die erbrechtlichen Interdikte S. 86 ff., in Glück Komm. Buch 43 Th. III.) in bejahendem Sinn entſchiedene Streitfrage hinweggehn, ob die Hadrianiſche missio auch aus einem civilen mündlichen Teſtament ſtattfand und mithin die bonorum possessio secundum nuncupationem beſeitigte. — Dieſe missio bürgerte ſich alsbald im römiſchen Rechtsleben ein, wofür uns ein ſowohl im Theodoſianiſchen wie im Juſtinianiſchen Codex aufbewahrtes Geſetz des Kaiſers Theodoſius vom Jahre 425 — l. 7 Cod. Th. de testam. 4, 4; l. 8 Cod. de codicillis 6,36 — einen intereſſanten Beleg bietet. Ausführlicher giebt über dieſen Punkt Leiſt in Glück's Erl. der Pand., a. a. O. S. 406 ff. Auskunft.

Im Wege des Gewohnheitsrechts, ex moribus, kam die bonorum possessio secundum tabulas und damit das inter-

1) Vergl. auch v. Löhr, Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. VI, Nr. 9, S. 327.

dictum quorum bonorum für die Fälle der testamentarischen Successsion überhaupt außer Gebrauch; Kaiser Valentinian III hat in zwei Novellen vom Jahre 446 — Nov. Valent. III tit. 20 de testamentis, Nov. 1 § 5, Nov. 2 § 1 — noch ausdrücklich die Agnition für das Gebiet der testamentarischen Successsion erlassen. Dadurch war zwar nicht formell, wie viele Neuere meinen, jenes Rechtsmittel für den testamentarischen Erben aufgehoben, immerhin aber, wie Leist (a. a. O. S. 412 Anm. 24) sich richtig ausdrückt, als „ex more abhanden gekommen" bezeugt, so daß die missio ex edicto divi Hadriani fortan das Interdikt auf die Fälle der prätorischen Intestaterbfolge zurückzudrängen im Stande war[1]).

Die bisher geschilderte missio wurde von Justinian einer Neugestaltung unterzogen, veranlaßt durch die Erwägung, daß die vicesima hereditatum in seinen Staaten nicht mehr bestand[2]) und daß das Hadrianische Edikt „multas ambagines et difficultates et indiscretas narrationes" im Gefolge hatte. Er bestimmte daher die Voraussetzungen, unter denen allein fortan der kompetente judex auf Ansuchen des testamentarischen Erben die schleunige Besitzeinweisung erteilen konnte.

Andererseits hat aber Justinian in seine Kompilation auch das sog. successorium edictum und zwar, wie Leist in seiner „Bonorum possessio" zur Genüge nachgewiesen,

1) Nicht ganz so weit gehend Ubbelohde a. a. O. S. 97—99, der zwar das Interdikt als Rechtsbehelf des Testamentserben „aus der täglichen Praxis" für geschwunden erklärt, indeß seine Anwendung noch annimmt, wenn der bonor. possessor sec. tabulas den Voraussetzungen der missio hinsichtlich der Eröffnung des Testaments oder der Erbschaftssteuer nicht genügt hatte oder wenn die Einwirkung der missio verjährt war oder endlich, wenn es sich um Sachen handelte, deren Besitz der Gegner bereits bei Lebzeiten des Erblassers mit bewußter Rechtswidrigkeit sich angeeignet hatte.

2) Wieling a. a. O. II, 32, S. 265—266.

ſammt ihren Friſten und der Agnition vor einem Richter aufgenommen, um auf dieſe Weiſe alle Klaſſen, auch die teſtamentariſch Eingeſetzten, am beneficium des interdictum quorum bonorum Theil nehmen zu laſſen. Damit ſtehen wir wieder vor der ſchon einmal aufgeworfenen (und erledigten) Frage: wie verhält ſich die in der l. ult. Cod. von Juſtinian in ihren Grundzügen rezipirte missio Hadriana zu jenem Interdikt? Bei der missio iſt der heres an keine Friſt mehr gebunden und braucht nur ein äußerlich fehlerfreies Teſtament dem kompetenten judex vorzuzeigen; nach dem Edikt über die bonorum possessio und das interdictum quorum bonorum ſoll er verpflichtet ſein, innerhalb beſtimmter Friſt die Erbſchaft zu erwerben, hat aber nicht nöthig, ſich an den judex competens zu wenden. Es liegen uns alſo zwei Rechtsmittel vor, welche ſich wenigſtens theilweiſe auf denſelben Fall beziehen, beide auf denſelben Gegenſtand gerichtet, und doch in ihren Vorausſetzungen ſo verſchieden.

Manche, u. a. Sintenis (Das praktiſche gem. Civilrecht, 2 Aufl., Bd. III S. 571 Anm.), glauben, die Kompilatoren ſeien ſich ſelbſt nicht klar geweſen, es ſei ihnen alſo der Widerſpruch entgangen; jedenfalls bleibe nichts anderes als die Annahme übrig, daß man ſich für das Juſtinianiſche Recht die missio an die Stelle der bonorum possessio secundum tabulas (fügen wir hinzu: bezw. secundum nuncupationem) in die Reihenfolge des successorium edictum eingefügt zu denken habe. Zu demſelben Reſultat kommt Leiſt (Bonor. poss., II 2 S. 290 ff.): wenn feſtſtehe, daß in der vorjuſtinianiſchen Kaiſerzeit die missio, ſoweit ſie reiche, das Interdikt aufgehoben habe bezw. beide Rechtsmittel, ſoweit ſie dasſelbe Gebiet beträfen, in ein einziges zuſammengeſchmolzen ſeien, ſo lägen auch nicht die geringſten Gründe vor, warum Juſtinian dieſen Rechtszuſtand habe ändern wollen. Auch ſei durch die Reception der l. 19 Cod. de testamentis anerkannt, daß es bei

der bonorum possessio für die scripti heredes der Agnition nicht mehr bedürfe, was wiederum anzeige, daß auch zur Erlangung des beſonderen beneficium auf proviſoriſche Beſitzergreifung für die scripti heredes eine Agnition nicht mehr nöthig ſei. Auch habe die l. ult. Cod. cit. nicht den Ton, daß man glauben könnte, Juſtinian erlaube dem scriptus heres noch auf andere Weiſe, als er hier vorſchreibe, den proviſoriſchen Beſitz der Erbſchaftsſachen zu verlangen. Die l. ult. verhalte ſich vielmehr zu der allgemeinen Reception des successorium edictum, wie ein ſpezielles Geſetz zum generellen, und ſei als ein modificirendes in das größere Fachwerk des successorium edictum und zwar an die Stelle der bonor. poss. sec. tab. einzufügen. — Auf die weiteren Ausführungen Leiſt's komme ich noch weiter unten zu ſprechen.

Eine entgegengeſetzte Anſicht vertritt v. Löhr (Zeitſchr. f. Civilr. und Proceß, Bd. VI, S. 331), aber ohne dieſelbe näher zu begründen.

Allein die erſtere herrſchende Meinung, welche auch in die Praxis übergegangen iſt, dürfte die richtige ſein, denn es iſt nicht abzuſehn, aus welchem vernünftigen Grunde Juſtinian bezw. die Compilatoren, wenn ſie in Wirklichkeit an die durch Aufnahme des successorium edictum in die Institutionen nothwendig folgende Konſequenz gedacht hätten, dem teſtamentariſchen Erben die Auswahl zwiſchen zwei Rechtsmitteln gegeben haben würden; um ſo weniger, als ſie wußten, daß gerade die Rechtsentwickelung der Vorzeit mit Erfolg darauf hingedrängt hatte, der missio zur ausſchließlichen Beherrſchung ein Gebiet zu überweiſen, auf welchem ſie bisher mit dem interdictum quorum bonorum concurrirt hatte.

Somit iſt unſer Reſultat: Die missio Hadriana iſt als ein neues Rechtsinſtitut an die Stelle der bonorum possessio secundum tabulas bezw. secundum nuncu

pationem in das successorium edictum getreten. Demnach bietet auch ſeit Juſtinian das Rechtsmittel aus der l. ult. Cod. de edicto divi Hadriani tollendo dem teſtamentariſchen Erben die einzige Handhabe, in den alsbaldigen Beſitz der Erbſchaftsſachen zu gelangen.

Die eigentliche Anordnung Juſtinian's aber, an die oben citirten einleitenden Worte anknüpfend, lautet, wie folgt:

„Sancimus, ut, si quis ex asse vel ex parte competenti jndici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in judicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis jnra ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit. Nullis angustiis temporum hujnsmodi missione coartanda, sed sive tardius sive praemature aliquis missus est, legis tantummodo arbitrinm reqniratur et causa, unde vel missio vel contradictio exoritur. Sive enim post annale tempus sive post majoris aevi curricula aliquis fuerit missus, si tantum ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis objiciatur obstaculum, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem et super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis

prolixitas occurrit, manifestissimum est, non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam!“

## II.

## Zweck der Juſtinianiſchen Verordnung.

Schon im vorigen Abſchnitt iſt erwähnt, daß der Zweck des Hadrianiſchen Edikts zum Theil ein fiskaliſcher war: es bildete das neue Rechtsinſtitut ein indirektes Mittel, um die leer gewordenen Staatskaſſen zu füllen. Für Juſtinian war dieſer Grund hinweggefallen; es gab ihm dies als ſpäteren Geſetzgeber vielmehr gerade die Veranlaſſung, Hadrian's Verordnung durch eine neue zu erſetzen.

Aehnliches läßt ſich bezüglich eines zweiten Grundes ſagen. In heidniſcher Zeit legte man beſonderen Werth darauf, daß die den heredes obliegende Vollziehung der Familienſacra ſobald wie möglich nach dem Tode des Verſtorbenen ſtattfand.[1]) „Die ganze Staatsorganiſation hing genau mit einer Reihe von gottesdienſtlichen Gebräuchen zuſammen, die denn auch in das Privatrecht häufig modifizirend eingriffen, und deren Beobachtung als für das Staatswohl von der größten Bedeutung von den Pontifen genau überwacht wurde (Leiſt a. a. O.)“ Soll ja auch, wie Gajus (II, 55) ſchreibt, eben dieſes ein Grund für die Einführung der ſchon ihm „tam improba“ erſcheinenden usucapio pro herede geweſen ſein: „quod voluerunt veteres, maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit ...“ Wenn Gajus ſodann fortfährt „et ut creditores haberent, a quo suum

1) v. Savigny, Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft, II S. 383 ff.; Leiſt, Bonor. poss. I S. 10 ff.

consequerentur", so haben wir damit zugleich eins der Motive zu Justinian's Verordnung vor uns: Gerade die Erbschaftsgläubiger haben ein unverkennbares Interesse daran, daß sobald, wie irgend angängig, eine wenn auch nur interimistische Regulirung des Nachlasses eintritt, denn erst dann sind sie rechtlich in die Lage versetzt, Befriedigung ihrer Forderungen nachzusuchen. Dem in den Besitz Eingewiesenen wird keineswegs gestattet, den Erbschaftsgläubigern die Einrede entgegenzusetzen, er wisse noch garnicht, ob er auch definitiver Erbe sei. Er muß sich von den Erbschaftsgläubigern gemäß den in l. 12 Cod. de hered. pet. 3,31 aufgestellten Normen als Vertreter ihrer Schuldner in Anspruch nehmen lassen[1]). Wie sich näher dieses Vertretungsverhältniß denken läßt, insbesondere auch, nach welchen Grundsätzen das Verhältniß zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu beurtheilen ist, darüber weiter unten. Hier haben wir nur soviel festzustellen: die Nachlaßgläubiger befinden sich in Folge stattgehabter missio einem Passiv-Legitimirten gegenüber.

Ein weiterer Zweck der Justinianischen Verordnung, der indeß auch schon der missio aus dem Hadrianischen Edikt zu Grunde lag, ist die Sicherung des Imploranten. Da er ja der wahrscheinliche Erbe ist, so liegt es in seinem wohlverstandenen Interesse, baldmöglichst die Verfügungsgewalt über den ihm später zu Eigenthum anfallenden Nachlaß zu bekommen, um die ihm zutreffend erscheinenden Maßnahmen treffen zu können. Auf diese Weise erhält er die beste Sicherheit, daß res hereditarias salvas fore, wenn er später als wahrer Erbe sich legitimirt hat; auch ist nicht zu verkennen, daß, wenn auch im Einzelfall der Nachlaß sich in sicheren und guten Händen befinden kann, in der Regel doch des eigenen Sachwalters

1) Sintenis a. a. O., S. 572.

Maßnahmen, für ihn ſelbſt wenigſtens, die zweckmäßigſten zu ſein pflegen.

Hierzu kommt nun noch der Fall, wo Keiner die Erbſchaftsſachen in Beſitz hat. Zwar haben einige Juriſten, darunter Sintenis a. a. O. S. 572 Anm., die Behauptung aufgeſtellt, in dieſem Fall werde überall das Rechtsmittel ex lege ult. Cod. nicht verſtattet; das Vorhandenſein eines Gegners ſei Vorausſetzung für die Anſtellung desſelben. Allein mit Unrecht, wie weiter unten gezeigt werden wird. Alsdann liegt es aber nicht nur im Intereſſe des die Einweiſung Nachſuchenden ſelbſt, daß Jemand da iſt, welcher den Nachlaß zweckentſprechend verwaltet, ſondern auch, falls dieſer der richtige Erbe nicht iſt, im Intereſſe derjenigen, welche ſich ſpäter als die wirklichen Erben herausſtellen. Ergiebt ſich aber hernach, daß ein Erbe überhaupt nicht vorhanden und die Nachlaßſachen als bona vacantia dem Fiskus anheimfallen, ſo hat der in dieſelben als praeſumtiver Erbe Eingewieſene auch im Sinne des Fiskus gehandelt, wenn er ſich der Nachlaßſachen annahm.

Endlich iſt an dieſer Stelle darauf hinzuweiſen, daß der um missio Nachſuchende damit unter Umſtänden auch den Zweck verbinden kann, ſich für den demnächſtigen eigentlichen Erbſchaftsſtreit in eine günſtigere Prozeßlage zu verſetzen; denn durch die erfolgte Beſitzeinweiſung tritt unter Umſtänden ein Parteirollenwechſel ein, der, wenn auch im heutigen Prozeß von geringerer Bedeutung, doch ehedem von nicht zu unterſchätzender Wichtigkeit war.

## III.

## Die Bedeutung der Juſtinianiſchen Verordnung im heutigen Recht.

Den deutſchen Richtern iſt das mit dem techniſchen Aus-

druck „Einsatz" oder auch „richterlicher Einsatz" bezeichnete Recht, gewissen Personen nach stattgehabter höchstsummarischer Untersuchung den provisorischen Besitz von Nachlaßsachen zu verschaffen, schon seit langer Zeit bekannt gewesen. Von den geschriebenen Stadt- und Landrechten ist es zuerst die sog. Nürnberger Reformation von 1564 gewesen, welche in einem besonderen Titel das Recht des richterlichen Einsatzes behandelte; auch der Art. 498 der Baseler Gerichtsordnung von 1719 erwähnt desselben. Von den deutschen Rechtsgelehrten machte zuerst Giphanius (Explanat. in Inst. S. 344) darauf aufmerksam. Unter diesen [1]) aber, wie auch unter unseren heutigen Juristen besteht kein Zweifel darüber, daß das Recht des sog. Einsatzes nicht etwa germanischen Ursprungs ist, sondern im Wege des Gewohnheitsrechts mit der Reception des römischen Rechs in Deutschland Eingang gefunden hat, so daß damit nichts anderes bezeichnet wurde, als die gemeinrechtlich recipirten römischen Institute des interdictum quorum bonorum und der auch später so benannten missio Hadriana.

Wie man nun dazu gekommen ist, diese beiden rein römischen Rechtsmittel zu einem Ganzen zusammenzufassen, ob hier Rücksichten historischer oder praktischer Art maßgebend gewesen sind, kann uns hier weniger interessiren; es genügt, hierfür auf die treffliche Ausführung von Leist in seiner „Bonorum possessio" II 2, S. 467 ff. zu verweisen. Nur darin vermag ich letztgenanntem Schriftsteller nicht beizustimmen, daß es passend sei, jenen hergebrachten Ausdruck „Einsatz" in seinem Besitzstand zu lassen. Leist giebt selbst zu, daß man Gefahr laufe, in den Irrthum zu verfallen, es

1) Vgl. bei Leist, Bonor. poss., II, 2, S. 415, 466 Anm. und in Glück's Erl. der Pand., Serie der Bücher 37 u. 38, II, S. 431 ff.

liege hier des deutschen Wortes wegen auch ein deutsches Institut vor, bei dem daher von einer Anwendung der im Corpus juris enthaltenen weiteren Bestimmungen über die missio und das Interdikt nicht die Rede sein könne. Wie auch der deutsche Ausdruck entstanden sein mag, warum sich in eine solche Gefahr begeben, wo doch, zum wenigsten durch die Praxis, feststeht, daß von den beiden genannten römischen Rechtsinstituten jedes ein ganz besonderes Gebiet beherrscht und daß sie, wenn ihnen auch Zweck und mancher Grundzug gemeinsam ist, immerhin von einander verschieden sind? Liegt aber kein Grund vor, beide Rechtsmittel zu einem Ganzen zusammenzufassen, ist es da nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft, einen im Laufe der Zeit eingebürgerten falschen Ausdruck auszumerzen? Auch scheint mir der Ausdruck „Einsatz" wenigstens der neueren Praxis garnicht so sehr geläufig geblieben zu sein; wenigstens benennen die neueren Lehrbücher [1]) beide Rechtsmittel lediglich mit ihrem ursprünglichen Namen.

Wie dem aber auch sei, ausschlaggebend ist für mich der Umstand, daß die gemeinrechtliche Reception des Rechtsmittels für den Intestaterben weniger unzweifelhaft feststeht als die der sog. missio. Selbst die gemeinrechtliche Geltung zugegeben, so haben doch manche Partikularrechte wieder zwischen beiden Rechtsmitteln unterschieden und das Institut des Einsatzes dadurch auseinandergerissen, daß sie — und zwar wohl ausnahmslos — die missio zugelassen, das interdictum quorum bonorum dagegen zum Theil ausgeschlossen haben. So gilt es u. a. kraft einer Bestimmung des Codex Maximil. Bavaricus nicht in Baiern.

Ich glaube deshalb, man wird im Rechtsleben stets besser

1) Windscheid, Pandekten, Bd. III § 617; Dernburg, Pandekten, Bd. III § 159.

thun, beide Rechtsmittel auseinanderzuhalten und ihnen ihre ursprünglichen Bezeichnungen zu lassen.

Für die uns in der Hauptsache hier nur interessirende missio kommen nun, da ihre gemeinrechtliche Gültigkeit über allen Zweifel erhaben ist, die gesammten Bestimmungen des Justinianischen Codex überall, soweit Partikularrechte keine Modifikationen getroffen haben, zur vollen Geltung. Es bildet daher auch heute für die Voraussetzungen und Wirkungen dieser Besitzeinweisung lediglich die Verordnung Justinian's die Grundlage. Soweit dagegen die processualische Behandlung in Frage kommt, ist zu berücksichtigen, daß das Prozeßrecht seit Justinian wesentliche Veränderungen erfahren hat; daher können die prozeßrechtlichen Bestimmungen der l. ult. nicht mehr maßgebend sein.

## IV.

## Die materiellrechtlichen Bestimmungen der Justinianischen Verordnung.

### A. Voraussetzungen der Einweisung.

Schon oben ist der Ansicht neuerer Juristen, z. B. von Sintenis a. a. O. S. 572 Anm., gedacht, das hier in Frage stehende Rechtsmittel könne überall dann nicht mit Erfolg angestellt werden, wenn ein Prozeßgegner nicht vorhanden sei. Daher ist hier zunächst zu untersuchen:

#### 1. Ist das Vorhandensein eines Prozeßgegners nothwendige Voraussetzung?

Sintenis begründet seine Behauptungen im wesentlichen damit: ein Rechtsmittel ohne Gegner sei nun einmal ein Unding. Richtig wäre nur, wenn er gesagt hätte, eine Klage

ohne Gegner sei ein Unding, denn der Ausdruck „Rechtsmittel" umfaßt viel mehr, als woran Sintenis im Augenblick gedacht haben mag; das sagt schon das Wort selbst: ein Rechtsmittel ist das Mittel, Recht zu erlangen. Voraussetzung ist somit, daß man etwas nicht hat, was zu haben man beanspruchen muß. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Objekt des Anspruchs ein Anderer gleichfalls beansprucht bezw. beanspruchen muß. Es wird alsdann, wie auch vorliegend, dem sein Recht Suchenden ein Rechtsmittel d. h. ein Recht, sich an den Richter zu wenden, gegeben, damit auch der Außenwelt gegenüber die Thatsache konstatirt werde, daß Jener auf das, was er beansprucht, ein sei es provisorisches sei es definitives Recht habe; und sodann ließe sich, und gerade bei Erbschaften, denken, daß in solchen Fällen, wo Jemand ohne Zuhülfenahme eines Rechtsmittels sich selbst das Objekt seines Anspruchs nimmt, obrigkeitlich d. h. staatlich eingeschritten und dem Eigenmächtigen das durch Selbsthilfe Erlangte wieder entrissen würde. So aber wird eine wenn auch vielleicht nur vorläufige Untersuchung darüber angestellt, ob der Anspruch in Wirklichkeit gerechtfertigt ist. Durch diese Untersuchung wird der sein Recht Suchende sichergestellt.

Es liegt hier gewissermaßen, so lange kein Gegner auftritt, ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit vor: der Richter drückt den Handlungen des ihn Ansprechenden den Stempel des Rechts auf; er wird wirksam, damit auch äußerlich festgestellt werde, daß hier kein absichtliches Unrecht geschehe.

Das Irrige der Sintenis'schen Ansicht geht zudem auch aus Justinian's Verordnung selbst hervor. Nachdem der Kaiser verfügt hat: es solle in den Besitz der Nachlaßsachen eingewiesen werden, wer ein gehörig qualificirtes Testament für sich aufzuweisen habe u. s. w., fährt er fort: „Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc etc." Daraus geht zur

Genüge hervor, daß Justinian, wenn er auch im Vorhergehenden nicht lediglich für den Fall, wo überhaupt kein contradictor aufgetreten ist, Vorschriften über die Zulässigkeit der Einweisung bezw. über das bei ihr stattfindende Verfahren hat treffen wollen, dieselbe doch auch dann zulassen wollte, wenn ein contradictor überall nicht vorhanden war.

Dieser Ansicht ist auch Leist in Glück a. a. O. S. 439: „Es ist nicht nothwendig ein wirklicher Proceß gegen einen besitzenden Gegner. Es ist denkbar lediglich ein an den Richter gerichtetes Einweisungsgesuch und Gewährung der Einweisung, worauf denn der Eingewiesene die noch besitzfreien Sachen selbst in Besitz nimmt. . . . . Denkbar ist die Erklärung der Mission sogar noch dann, wenn man selbst oder ein Dritter der Besitzer ist und der Gegner bereits das Petitorium angestellt hat." Ebenso Leist in seiner „Bonorum possessio", II. 2 S. 158, 194, 340, 475, 479. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. II. Nr. 75 sub 3.

Demnach ist das Vorhandensein eines Proceßgegners für die provisorische Einweisung des Testamentserben in den Besitz der Erbschaft keine nothwendige Voraussetzung.

### 2. Voraussetzungen in der Person des die Einweisung Nachsuchenden.

#### a.) Potestative Voraussetzungen.

Die Justinianische Konstitution fordert: „ut competenti judici ostenderet testamentum".

Es muß also der die Einweisung Nachsuchende, der Implorant, das Testament, auf welches er seinen Anspruch stützt, dem für die Einweisung zuständigen Richter vorweisen.

Hat er das Testament nicht in seinem Besitz, so wird er es sich zuvor verschaffen müssen; die actio ad exhibendum

gegen den Beſitzer bietet ihm dazu die Handhabe. Nicht erforderlich iſt im Allgemeinen, daß auch noch eine beſonders ſolenne Teſtamentseröffnung ſtattfindet, wie ſie bei der Hadrianiſchen missio beſtanden haben ſoll (Paulus sent. IV 6: „ut oportuit oblatum et publice recitatum"), denn im Eingang ſeiner Verordnung hat ja der Geſetzgeber alle mit der früheren missio verbundenen „ambagines et difficultates et indiscretas narrationes" für aufgehoben erklärt. Zwar iſt an der Form, wie Teſtamente eröffnet werden mußten, nichts geändert; und wenn demnach in Folge Antrags auch fortan noch eine Teſtamentseröffnung ſtattfinden kann, ſo ſpricht m. E. doch nichts dafür, daß Juſtinian, wie Ubbelohde a. a. O. S. 115 ff. meint, wenigſtens ſtillſchweigend die Nothwendigkeit des Nachweiſes vorausgeſetzt hat, daß das zwecks Erwirkung der missio bereits eröffnete Teſtament erſt nach dem Tode des Teſtators eröffnet worden ſei; vielmehr laſſen die angeführten einleitenden Worte des Edikts gerade das Gegentheil vermuthen.

Dagegen erhebt ſich, wenn als Vorausſetzung das „Vorweiſen eines Teſtamentes" hingeſtellt iſt, ſchon hier die Frage: muß dieſes Teſtament ein ſchriftliches ſein?

Dafür ſpricht auf den erſten Blick der Ausdruck „Vorweiſen" und wirklich ſind v. Löhr a. a. O. S. 329, Ubbelohde a. a. O. S. 116 und Roßhirt (das teſtamentar. Erbrecht, Th. II. S. 77) der Anſicht, daß, ſo gewiß alle teſtamentariſchen Erben, die ein ſchriftliches Teſtament vorlegen könnten, des Rechtsmittels ſich erfreuten, ſo wenig diejenigen, welche nur ein mündliches Teſtament für ſich hätten. Das entſpricht aber weder der Billigkeit noch der Zweckmäßigkeit, wie ſich für eine ſolche Beſchränkung denn auch kein Grund auffinden läßt. Nicht darf etwa eingewandt werden, es handle ſich hier um ein ganz beſchleunigtes Verfahren, welches nur

möglich sei, wenn eine Urkunde vorliege, die eine schleunige Prüfung ermögliche. Im Gegentheil wird gerade der Richter ein viel sicheres vorläufiges Urtheil sich bilden können, wenn der Implorant ihm die sieben Testamentszeugen sistirt und wenn er so in der Lage ist, einen wenn auch nur flüchtigen Eindruck darüber zu gewinnen, ob bei Errichtung des Testamentes Alles dem Recht entsprechend zugegangen ist. Und wie sollte es etwa bei einem testamentum nuncupativum in scripturam redactum gehalten werden? Ich halte auch hier eine Sistirung der Zeugen für erforderlich, da ein solches Testament immerhin ein blos mündliches ist.

Auch die Römer haben keine Veranlassung genommen, dem Erben aus einem mündlichen, im übrigen gehörig qualificirten Testament die provisorische Einweisung zu versagen: jedenfalls findet sich nirgends in den Quellen ein diesbezüglicher sicherer Anhalt, insbesondere nicht in Justinians Verordnung. Der Ausdruck scriptus heres kommt hier nicht vor; der Gesetzgeber drückt sich ganz generell aus, wenn er sagt „si quis ex asse vel ex parte (institutus) competenti judici testamentum ostenderit. . . .“ Ein „testamentum ostendere“ vollführt aber auch, wer die Zeugen eines mündlichen Testaments dem Richter sistirt. Selbst wenn im Gesetz der Ausdruck „scriptus heres“ wirklich vorkäme, so wäre doch noch zu bedenken, daß schon die Römer diesen Ausdruck als typisch für die Bezeichnung eines testamentarischen Erben überhaupt, im Gegensatz zum gesetzlichen, zu gebrauchen pflegten.

Die hier vertretene Ansicht, welche auch Leist[1]) billigt, hat partikularrechtlich gesetzlichen Ausdruck im Codex Maximil. Bavaricus § 187 Nr. 18 gefunden.

1) Bonor. poss. II, 2, S. 145 A. 4, S. 156.

Es fragt sich demnach nur noch: wer ist denn der „judex competens", welchem das Testament, um den Hauptfall im Auge zu behalten, vorzuweisen ist? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein; es handelt sich, wie Roßhirt a. a. O. S. 80 richtig bemerkt, hier nicht um eine Condemnation, sondern um eine Vollziehungshandlung, die durch die rein physische Möglichkeit bedingt ist. Also ist competent das forum rei sitae; diese Entscheidung trifft auch l. 1. Cod. ubi de hereditate agatur et ubi scripti heredes in possessionem mitti postulare debent 3,20: „Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est . . ."

Für das heutige Recht ist hier indeß eine Wandlung eingetreten. Nach § 25 C. P. O. ist für Besitzklagen, zu denen unzweifelhaft das interd. ex lege ult. Cod. de ed. Divi Hadriani tollendo zu rechnen ist, das forum rei sitae nur noch zuständig, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt. Da aber die Einweisungsobjekte, die „res quae testatoris mortis tempore fuerunt" nicht blos unbewegliche Sachen umfassen, auch der Gesetzgeber das Rechtsmittel natürlich nicht in mehrere hat zersplittern wollen, so ist durch jene Bestimmungen die Unzuständigkeit des forum rei sitae für unser remedium ausgesprochen. Dies ergeben auch die Vorarbeiten für die heutige Civilproceßordnung, insbesondere die Protokolle der Norddeutschen Civilproceßkommission, in denen S. 47 ausdrücklich festgestellt worden, daß von den interdicta adipiscendae possessionis zu den Besitzklagen des § 25 nur die eine einzelne unbewegliche Sache betreffenden zu rechnen seien [1]). In Folge dessen ist nach § 12 C. P. O. das Rechtsmittel, so-

1) Gaupp, Com. zur C.P.O., II. Aufl., § 25; Ubbelohde, die erbrechtlichen Interdicte, S. 125.

fern es sich als eigentliche Klage darstellt, im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten zu erheben. Dieser aber concurrirt wieder mit dem des § 28 C. P. O., wonach Klagen, welche Erbrechte und Ansprüche aus sonstigen Verfügungen auf den Todesfall zum Gegenstande haben, vor dem Gericht erhoben werden können, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat. Dieser Gerichtsstand ist auch, wenn ein Gegner noch nicht vorhanden ist und der scriptus heres zunächst nur eine einstweilige Verfügung (jetzt gemäß § 16 Z. 4 des Einf. Ges. zur C. P. O.) sich erwirken will, für diesen allein zutreffend.

### b. Casuelle Voraussetzungen.

Erfordernisse, die von einem Willensakt des Imploranten unabhängig sind, stellt das Gesetz drei auf:

α. „Testamentum, in quo ex asse vel ex parte heres institutus est",

also, daß der Implorant in dem Testament, auf das er seinen Anspruch stützt, zum Erben eingesetzt ist. Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob er als Voll- oder Theilerbe eingesetzt ist. Letzteres ist nur eine richtige Consequenz des von den Römern stets mit besonderer Energie erfaßten und von ihnen ausgebildeten Satzes, daß Gegenstand des Erwerbes für einen Erben stets die Erbschaft als solche sei, auch wenn der Erwerbswille nur auf einen Bruchtheil der Erbschaft gerichtet war.

β. „Testamentum, quod prima figura sine omni vituperatione apparet" oder, wie Justinian ein ander Mal sich ausdrückt: „Testamentum legitime formatum."

So einfach der Sinn dieser Worte anfangs erscheinen möchte, so schwierig erweist er sich bei näherer Prüfung. Zwar führt uns Justinian selbst in seiner Verordnung einige Bei-

ſpiele eines ungenügend geſtalteten Teſtaments vor: testamentum cancellatum, abolitum, ex quacunque suae formae parte vitiatum. Allein es ſind dies Beiſpiele, die wenig Licht in die ſo unklar gefaßte Conſtitution bringen. Was verſtand Juſtinian unter einem „testamentum prima figura sine omni vituperatione apparens?“ Wollte er die Beantwortung dieſer Frage dem arbitrium des Richters anheimſtellen? Iſt „prima figura“ wörtlich oder bildlich zu nehmen? Bezieht ſich demnach jenes obige, negative Erforderniß nur auf die äußere Geſtalt des Teſtaments oder auch auf das Innere deſſelben? Anders ausgedrückt: Iſt erforderlich, daß aus der Teſtamentsurkunde als ſolcher d. h. bei dem ſchriftlichen Teſtament aus dem Niedergeſchriebenen ſelbſt, beim mündlichen aus der Ausſage der testes, der Fehler zu erſehen iſt? Das alles ſind Fragen, auf die bisher weder Theorie noch Praxis eine einheitliche Antwort zu geben im Stande geweſen ſind.

Wie überhaupt die ganze Einweiſungslehre gewiſſermaßen auf der Grenze zwiſchen Civilrecht und Prozeß liegt, ſo hängt auch mit der Beantwortung dieſer Fragen ſehr eng die von der proceſſualiſchen Geſtaltung des Rechtsmittels zuſammen; denn je nachdem man den oben citirten Geſetzesworten dieſen oder jenen Sinn beigelegt wiſſen will, je nachdem muß man auch demjenigen, gegen welchen das Rechtsmittel ſeine Spitze kehrt, mehr oder weniger Exceptionen zugeſtehen. Immerhin aber iſt Beides nach Möglichkeit auseinander zu halten.

In der Hauptſache haben ſich hier zwei Anſichten Geltung zu ſchaffen vermocht.

Eine große Anzahl von Juriſten behauptet, eine „prima figura apparens vituperatio“ ſchließe nicht blos die äußeren Mängel eines Teſtamentes in ſich, ſondern auch die inneren, ſo z. B. Mangel der testamenti factio, Inofficioſität

des Teſtaments und dergl. Auch Leiſt, dem, glaube ich, im übrigen das Verdienſt gebührt, am meiſten Licht in die nicht ſonderlich gut gefaßte Juſtinianiſche Verordnung gebracht zu haben, iſt der Meinung, die Praxis habe dem Imploraten auch Einreden wegen innerer Teſtamentsmängel geſtattet, wenn ſie in continenti beweisbar ſeien, trotzdem auch er die vom Beklagten vorgebrachten Einreden möglichſt ad separatum verwieſen wiſſen will und auf die „einſtweilige Ausweiſung aus dem Beſitz" beſonderen Nachdruck legt.

Der Grund, auf welchen Leiſt ſeine Anſicht ſtützt, iſt nicht vorhanden: denn unmöglich läßt ſich unter „Praxis" das einzige Erkenntniß eines ehemaligen oberſten Gerichtshofes verſtehen, auch dann nicht, wenn man das erſt ſpäter erſchienene bayeriſche Erkenntniß (Seuff. Arch. Bd. 41, Nr. 197) hinzurechnet. Ueberdies ſteht den zwei Urtheilen eine ganze Reihe entgegengeſetzter Entſcheidungen von oberſten Gerichtshöfen gegenüber.

Jenes erſterwähnte, im übrigen ſehr bemerkenswerthe Urtheil (Seuff. Arch. Bd. III. Nr. 283) iſt unterm 2. März 1855 vom Oberappellationsgericht zu Kaſſel ergangen. In demſelben [1]) iſt der Grundſatz aufgeſtellt: jeder in continenti beweisbare Mangel ſei ein ſichtbarer Mangel: „vitium visibile est, quod in continenti probari potest."

Da aber auch andere, nicht blos die aus dem Aeußeren eines Teſtamentes hervorgehenden Mängel unter Umſtänden ſofort beweisbar ſind, ſo iſt hieraus mit Nothwendigkeit zu folgern, daß von jenem Satze auch die ſog. inneren Teſtamentsmängel umfaßt werden, ſo z. B. mangelnde Teſtamentsfähigkeit.

1) Vorzüglich auf die Autorität von Juſtus Henning Böhmer hin — de act. sect. 2 Cap. 3 § 71 „exceptiones contra hoc remedium sunt . . . vitiorum visibilium vel in continenti probandorum; quae enim exceptio in continenti probari potest, non est altioris indaginis . . . . .

Dieser Meinung schließt sich Gerau im XX. Bande der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß", S. 321, 333 an, ferner das erwähnte Urtheil des obersten Landesgerichts für Bayern; dasselbe geht von der Erwägung aus, Justinian habe in seiner Constitution überhaupt keinen Unterschied zwischen äußeren und inneren Testamentsmängeln machen wollen; folglich könne der Anspruch auf Besitzeinweisung stets nur auf Grund eines testamentum, quod sine omni vituperatione sit, angestrebt werden. „Auch sei garnicht bemerkt, daß die inneren Mängel aus dem Inhalt des Testaments allein hervorgehen müßten, weshalb als ein „prima figura apparens"-Mangel im Sinne des besagten Gesetzes auch z. B. das Uebergehen eines Notherben sich darstelle, wenn auch im Testamente von demselben keine Erwähnung gemacht, es aber unbestritten sei, daß ein solcher existire u. s. w."

Dieser Ansicht kann ich nicht beitreten. M. E. geht vielmehr gerade aus dem Geiste, der die Justinianische Verordnung beherrscht, und ebenso aus den Gesetzesworten selbst, insbesondere aus dem sonst gänzlich überflüssigen „prima figura", mit offenkundiger Deutlichkeit hervor, daß zwischen äußeren und inneren Mängeln unterschieden werden sollte. Es steht ferner zweifellos fest: die Worte „prima figura" des Gesetzes sind nur auf den Ausdruck „testamentum" beziehbar; alsdann aber begreife ich nicht, wie man dieselben auch auf etwas hat beziehen wollen, was garnicht im Worte „testamentum" liegt; das „testamentum" hat der Gesetzgeber in seiner abgeleiteten Bedeutung gebraucht und darunter das Produkt der letztwilligen Verfügung, demnach beim mündlichen Testament dasjenige verstanden, was die Testamentszeugen als des Erblassers letzten Willen bekunden bezw. was des Beweises halber niedergeschrieben ist, beim schriftlichen dagegen die „tabulas testamenti", also die Urkunde selbst. Daraus

folgt dann weiter, daß der Fehler, der etwa die Besitzeinweisung hindern könnte, den Gesetzesworten nach nur ein — um den Hauptfall, Vorliegen eines schriftlichen Testamentes, im Auge zu behalten — aus der Testamentsurkunde selbst hervorgehender Fehler sein kann, nicht also z. B., wie es in obigem Urtheil ausgeführt wird, Praeterition eines schlechthin übergangenen Notherben. Ein solcher Fehler ist eben ein innerer, nicht sichtbarer Fehler und das Testament charakterisirt sich, wenn im übrigen nur alle, äußerlich zu Tage tretenden Formen gewahrt sind, doch immer als ein solches „quod legitime formatum est, quod prima figura sine omni vituperatione apparet! Ein Gleiches findet zum Beispiel statt, wenn der Erblasser keine testamenti factio besaß.

Der aber, dem auf den ersten Blick, „in seiner ersten Gestalt", das Testament als gültiges erscheinen muß, soll doch offenbar der Richter sein und nicht etwa der Implorat; denn die Verordnung bezieht sich ja obigem nach auch auf den Fall, wo ein Implorat überall nicht vorhanden ist. Dem Richter aber wird es nicht möglich sein, aus dem Inhalte des Testaments allein ersehen zu können, daß der Erblasser unfähig war, ein gültiges Testament zu errichten, daß ein Notherbe übergangen ist u. dergl. Ebenso weiß dies auch vielleicht der Implorant nicht; unwesentlich aber ist es, daß der Implorat es wußte.

Von „sichtbaren inneren Mängeln" einer Testamentsurkunde kann man m. E. überhaupt nicht sprechen. Ein sichtbarer, innerer Mangel ist ein Unding, ist eine contradictio in adjecto. Nach obigem steht es fest, daß, um die Besitzeinweisung zu verhindern bezw. eine Einrede zu begründen, der Mangel nothwendigerweise aus dem Testamente selbst hervorgehen muß. Gesetzt, es sei ein Notherbe im Testament zwar erwähnt und auch so erwähnt, daß seine Noth-

erbeneigenschaft sofort erkennbar ist, er sei aber nicht gültig enterbt, z. B. der Enterbungsgrund nicht ausdrücklich bezeichnet, oder es sei dies ein in der Novelle 115 nicht angegebener Enterbungsgrund. Alsdann ist doch offenbar dieser Mangel ein sichtbarer; er ist aber kein innerer Mangel, denn jeder Richter, der das Testament durchliest, kann sofort sagen: Die Erbeseinsetzung ist ungültig, weil der Grund für die Enterbung eines Notherben nicht genannt ist bezw. der angegebene kein solcher ist; Erforderniß ist aber, daß in einem Testament, in dem Jemand enterbt werden soll, dieses in gesetzlich begründeter Weise auch äußerlich sichtbar zu Tage treten muß. Das vitium ist visibile, für das Auge des Richters sofort erkennbar, und das Testament ein solches, „quod prima figura non sine omni vituperatione apparet".

Nehmen wir ferner an, es habe ein der testamenti factio activa nicht Teilhaftiger ein Testament hinterlassen; aus diesem gehe auf irgend eine Weise hervor, daß der Erblasser testamenti factio überhaupt nicht besessen, so wenn er z. B. sich selber beiläufig als gerichtlich interdicirten Verschwender oder als Kind in der Gewalt hinstellt und nun über seinen adventicischen Erwerb letztwillige Verfügungen trifft. Auch dieses Testament würde aus demselben Grunde an einem äußeren Mangel leiden; dagegen an einem inneren, wenn der betreffenden Eigenschaften im Testamente nicht ausdrücklich Erwähnung gethan wäre.

Es scheint mir demnach aus den Gesetzesdispositionen zur Genüge hervorzugehn, daß die inneren Mängel bei der vorläufigen Prüfung des Testamentes unberücksichtigt bleiben sollen. Daher ist auch der Satz „vitium visibile est, quod in continenti probari potest" als verfehlt zu bezeichnen.

Einige der oben genannten Juristen wollen ihrer Theorie

durch die später folgenden Worte der Verordnung: „sin autem contradictor exstiterit etc.“ eine Stütze geben. Dieselben haben indeß mit dem ersten Verfahren, dem eigentlichen Missionsverfahren, absolut garnichts zu thun. Dies wird weiter unten gezeigt werden. Die Intention Justinians ging dahin, ein Verfahren zu schaffen, das, wenn auch eine kontradiktorische Verhandlung zulässig war, vor allem möglichst schnelle Erledigung finden sollte; dies konnte aber nur durch Ausschließung aller inneren Testamentsmängel erreicht werden, da die Frage nach ihrem Vorliegen fast immer eine zeitraubende Untersuchung erfordert haben würde. Diese Absicht der Justinianischen Gesetzgebung erhellt ganz deutlich aus zwei anderen Quellenstellen: einmal aus der der Verordnung in der Justinianischen Compilation unmittelbar vorangehenden l. 2 Cod. ht., eine Verordnung von Alexander Severus, die durch ihre Aufnahme in die Codification geradezu als Interpretationsmittel für die folgende unklar gehaltene Constitution dienen sollte. Denn daß jene Quellenstelle, noch dazu an so frappanter Stelle stehend, etwa aus Versehen in den codex repetitae praelectionis aufgenommen worden, wird wohl Niemand behaupten. Die Verordnung lautet: Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse adleget aut falsum vel inofficiosum testamentum seu alio vitio subjectum vel servus defunctus esse dicatur, tamen scriptus heres in possessionem mitti solet“. Es sind dies alles Mängel, die man dem Testamente selbst nicht ansieht und die eben deswegen im sog. Missionsverfahren auch keine Berücksichtigung finden sollen.

Was nun aber das beneficium aus dem edictum Divi Hadriani selbst anlangt, so ist gänzlich unzweifelhaft, daß nach ihm der Einwand innerer Testamentsmängel nicht hat erhoben werden sollen, denn es heißt in Paulus sent. III, 5 ad se-

natus consultum Silanianum, § 14: „Sive falsum sive ruptum sive irritum testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres in possessionem mitti desiderat.“

Die weit überwiegende Mehrzahl heutiger ſowohl wie früherer Juriſten vertritt denn nun auch die hier gebilligte Anſicht [1]).

Auf demſelben Boden ſteht ein Urtheil des ehemaligen Großh. Oldenburg. Oberappellationsgerichts, abgedruckt im „Archiv für die Praxis des im Großherzogtum Oldenburg geltenden Rechts“, Bd. IV, S. 5. Daſelbſt heißt es wörtlich: „Der Mangel der facultas testandi des Erblaſſers begründet kein vitium visibile ſeines Teſtaments, und hindert deshalb die Berufung auf ſolchen Mangel garnicht die von dem eingeſetzten Erben geſuchte Beſitzeinweiſung“. Dabei iſt verwieſen auf Müller ad Struvii Synt. Ex. 45 th. 21 not. b: „Excludantur hic omnia vitia invisibilia etc. etc. . . de facultate testandi testatori haud competente officiatur“. Nicht minder zieht ſich durch alle Erkenntniſſe des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Darmſtadt, die im „Archiv für praktiſche Rechtswiſſenſchaft“ Bd. VII, S. 445, No. 15 abgedruckt ſind, der Grundſatz, daß alles dasjenige, was gegen den Rechtsbeſtand und die Gültigkeit eines Teſtaments aus nicht ſichtbaren, inneren Mängeln desſelben hergeleitet werden könnte, aus dieſem Verfahren ausgeſchloſſen und dem Petitorium vorbehalten bleibe. Aehnlich äußert ſich ein Erkenntniß des OAG.

1) v. Löhr, Zeitſchr. f. Civilr. u. Prozeß, Bd. 6, S. 332 ff.; v. Savigny, Zeitſchr. f. geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft, Bd. 6, S. 233; v. Bangerow, Pandekten § 520; Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht, S. 597, namentlich Anm.; v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch § 518; Raßhirt, Das teſtamentar. Erbrecht, S. 79; Bachaſen, Pfandr. I, S. 366; Seuffert, Pandekten § 583, der ſie ſogar die „gemeine Meinung“ nennt. Auch Proceſſualiſten, ſo u. a. Bayer, Theorie der ſummariſchen Proceſſe, § 70 Note 7 billigen dieſe Anſicht.

zu München vom 5. Juli 1847 (Seuff. Arch. Bd. III No. 75: „Das dem eingesetzten Erben zukommende Recht wird lediglich durch die Existenz des von sichtbaren Mängeln freien Testaments bedingt. Ob dieses Testament an anderen, seinen Rechtsbestand etwa vernichtenden Gebrechen leide, ist als Objekt des petitorischen Streites altioris indaginis und kann in possessorio keine Beachtung finden". So auch ein Erkenntniß des vormaligen Oberappellationsgerichts Wolfenbüttel vom 24. Febr. 1844 (Seuff. Arch. Bd. IX Nr. 317) und ein Dekret des vorm. OAG. zu Wiesbaden aus dem Jahre 1862 (Seuff. Arch. Bd. XVII Nr. 70).

Erwähnt werde hier endlich noch, daß auch in dem auf Befehl Kaiser Alexander II von Rußland vom kaiserl. russ. Staatsrat von Bunge zusammengestellten „Liv-, Est- und Kurländischen Privatrecht" Art. 2480 ausdrücklich Obiges als geltendes Recht anerkannt ist.

Eine ganz andere Frage ist dagegen, ob es nicht im Interesse der Rechtsgleichheit zwischen den Parteien liegt, daß auch in diesem Verfahren nicht lediglich auf äußere, sichtbare Testamentsmängel Rücksicht genommen werde. Bei der Beschaffenheit des Rechtsgangs zur Zeit Justinians und noch mehr bei dem schleppenden Verfahren des späteren Rechts konnte der Zweck des Rechtsmittels nur bei einer Nichtberücksichtigung der inneren Mängel erreicht werden. Unsere Zeit aber hat um so weniger Interesse, diesen Zustand zu verändern, als Dank unserer andersgestalteten prozessualischen Einrichtungen in sehr viel kürzerer Zeit auch das Petitorium seine Erledigung finden kann.

Die dritte casuelle Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsmittels aus der l. ult. Cod. ist endlich

γ) ein testamentum, depositionibus testium legitimi numeri vallatum.

Dies bedeutet, es ſolle genügen, wenn die vom Geſetz für den Akt des Teſtirens beſtimmte Anzahl Zeugen das Teſtament unterſchreiben und unterſiegelt haben — denn der Ausdruck „depositio“ der Verordnung wird auch das Unterſiegeln mit umfaſſen ſollen. Die Frage dagegen, ob dieſe Zeugen denn auch testabiles geweſen, kommt hier nicht in Betracht. Anders geſtaltet ſich aber die Sache, wenn aus dem Teſtament ſelbſt ihre Zeugenunfähigkeit hervorgeht, denn dann liegt kein innerer Mangel mehr vor.

Bei einem mündlichen Teſtament beſchränkt ſich die Vorausſetzung auf das Vorhandenſein der für den Teſtirakt nothwendigen Zeugen.

### 3. Vorausſetzungen in der Perſon des Imploraten.

Damit die Imploration gegen eine beſtimmte Perſon die Richtung nehme, iſt erforderlich:

a) ut possideat vel detineat res hereditarias.

Er muß alſo, wie der mit der hereditatis petitio belangte Richterbe, Nachlaßſachen in ſeinem Beſitz haben. Iſt ein ſolcher Gegner vorhanden, ſo nimmt das Einweiſungsgeſuch die Geſtalt einer Klage an, es iſt die Klage des wahrſcheinlichen Erben gegen den Beſitzer von Nachlaßſachen.

b) mittatur in possessionem earum rerum, quae non legitimo modo ab alio detinentur.

Dem Einweiſungsgeſuch ſoll nicht ſtattgegeben werden betreffs derjenigen Nachlaßſachen, die Jemand „legitimo modo“ detinirt. Das iſt aber einmal der Fall hinſichtlich aller von einem Dritten ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers rechtmäßig erworbenen Sachen, die ja gar nicht

mehr zum Nachlaß gehören (nicht „testatoris mortis tempore fuerunt"). Dagegen sind hierherzuzählen auch die zu Lebzeiten des Erblassers detinirten Sachen, soweit sie als ihrer Erwerbsart wegen nicht in das Eigenthum oder den legitimo modo erlangten Besitz oder Gewahrsam Dritter übergegangen zum Nachlaß zu rechnen sind. Im übrigen ist hier die Grenze fest bestimmt: res, quae testatoris mortis tempore fuerunt.

Zweifel aber erheben sich darüber, welche Sachen im Sinne des Gesetzgebers nach dem Tode des Erblassers non legitimo modo ab alio detinentur. Der neueste Schriftsteller über die vorliegende Materie, Ubbelohde (die erbrechtl. Interd. S. 89 ff.), hat hier im Gegensatz zu der bisher herrschenden Theorie und Praxis die Behauptung aufgestellt, die Gesetzesworte ergäben, daß die missio gegen jeden eigenmächtigen Besitzer von Sachen, welche der Erblasser im Augenblick seines Ablebens besessen hatte, wirke, selbst dann wenn diesem Besitzer ein gültiger Singulartitel auf den Besitz zustände; die herrschende Meinung dagegen läßt nur letzterenfalls die missio nicht von Erfolg sein. Ubbelohde macht für seine Ansicht den inneren Grund geltend, daß es ein schwerer Mißgriff gewesen sein würde, wenn der Gesetzgeber, statt dies der Klage vorzubehalten, schon die Ermächtigung zu außergewöhnlicher Besitzergreifung in ihrem Erfolge davon hätte abhängig machen wollen, daß der gegnerische Besitz in gleicher Weise titellos oder auf den titulus pro herede begründet sei. Denn wenn der Eingewiesene den Titel seines Gegners für erlogen halte, so werde eine derart bedingte Ermächtigung geradezu zu Thätlichkeiten auffordern, und erst auf die actio in factum des Eingewiesenen wegen ungerechtfertigter Behinderung an der Besitzergreifung würde hier eine unparteiische Entscheidung gefällt werden können. — Allein, wie weiter

unten bei der näheren Darstellung des Immissionsverfahrens (Cap. V. A 2) gezeigt werden wird, konnte, wenn der im Besitz des Immissionsdecrets befindliche wahrscheinliche Erbe auf Widerstand stieß, wenn ihm also ein contradictor entgegentrat, sofort, ohne daß es erst der Anstellung einer besonderen actio in factum bedurft hätte, in eine contradictorische Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Ertheilung der Ermächtigung zur Besitzergreifung eingetreten werden.

Was mich aber außerdem abhält, den scharfsinnigen Ausführungen Ubbelohde's beizutreten, sind die Gesetzesworte selbst; denn hätte der Gesetzgeber unter dem legitimus modus detinendi etwas anderes als einen Singulartitel verstehen wollen, etwas anderes also als das, was an sich betrachtet diese Worte ausdrücken, so würde er sich gewiß eines engeren Ausdrucks bedient haben. Nach Ubbelohde detinirt im untergebenen Fall nur der legitimo modo, welcher selbst auf Grund vom Richter erwirkter missio in Nachlaßsachen eingewiesen ist; jeder ohne sie erworbene Besitz ist, wenngleich auf Grund des besten Besitztitels, eben eigenmächtig erworben. Warum aber sagte dann Justinian, wenn er dem schon an sich und zwar aus besonderen Gründen so außerordentlich begünstigten Rechtsmittel eine solch' exorbitante, mit jeglicher Billigkeit in Widerspruch stehende Wirkung beilegen wollte, statt der von ihm gewählten Worte nicht die so viel deutlicheren „in quas alius immissus est"? Auch glaube ich, daß sich der Gesetzgeber, wenn er mit den hier fraglichen Worten die Weise des Besitzerwerbes hätte bezeichnen wollen, also etwas, das schon der Vergangenheit angehört, nicht in Präsenzform ausgedrückt haben würde.

Und wenn auch nach l. 2 Cod. 6,33 der wirkliche Erbe, der doch gleichfalls legitimo modo detinirt, den Besitz der Nachlaßsachen dem Eingewiesenen vorläufig überlassen muß,

so erscheint dies doch keineswegs unverständlich. Denn die missio ist zwar keine eigentliche Klage, aber doch unzweifelhaft deswegen eingeführt, um dem wahrscheinlichen Erben möglichst bald die ihm gebührenden Nachlaßobjekte zu verschaffen; daraus folgt von selbst, daß, solange noch kein definitiver Erbe festgestellt ist, auch der titulus pro herede hier nicht als legitimus modus detinendi gelten darf.

### B. Wirkungen der erfolgten Einweisung.

Hier erhebt sich zunächst die Frage, in was wird denn der mit seinem Gesuch bezw. seiner Klage durchdringende Implorant eingewiesen, m. a. W. welches ist

#### 1. der Gegenstand der Einweisung?

Im Allgemeinen beantwortet sich diese Frage schon durch das ad A Gesagte: Der Implorant wird in diejenigen Nachlaßsachen eingewiesen, auf welche ein Anderer nicht kraft singulären Titels ein Anrecht erlangt hat. Im Besonderen erheben sich jedoch auch hier wieder Zweifel. Vor allem: wird der obsiegende Implorant nun blos in den Besitz desjenigen Theiles des Nachlasses eingewiesen, welcher aus „res corporales" besteht oder ist die Einweisung eine „missio in universa bona"?

Leist (Bonor. poss. II. 2 §§ 144 Nr. 2, 162, 193) wendet sich mit Entschiedenheit gegen die Einweisung in universa bona, indem er als Hauptargument anführt, daß mit dem interdictum quorum bonorum nur die „mortis tempore" in des Erblassers Besitz befindlichen „corpora hereditaria" gefordert werden könnten, andererseits aber dieses Rechtsmittel wie sonst, so auch rücksichtlich des Gegenstandes,

mit der missio identiſch ſei. Allein nun ſteht durchaus nicht feſt, daß das Rechtsmittel des Inteſtaterben nur die körperlichen Erbſchaftsſachen umfaßte, im Gegentheil haben ſich Mühlenbruch im Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl. § 717 N. 5, ſowie in ſeinem „Gutachten in dem Gräflich Bentinck'ſchen Succeſſionsſtreit über die Herrſchaften Knyphauſen und Varel, Göttingen 1841", Fabricius im 4. Bd. des „Rheiniſchen Muſeums" und Gerau im 20. Bd. der „Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, S. 314—322" beſtimmt für die Zuläſſigkeit des Interdikts zur Verfolgung auch der hereditas als „universitas" ausgeſprochen. Gerau beruft ſich gleich Leiſt auf die l. ult. Cod. ſelbſt und findet darin ausgeſprochen, daß mit dieſem Rechtsmittel der Beſitz der Erbſchaft als eines idealen Ganzen verfolgt werden könne. Und allerdings mit Recht; es läßt ſich, wenn man von den über das interdictum quorum bonorum getroffenen Beſtimmungen abſieht, weder aus den Worten der l. ult. Cod. noch ſonſt woher ein Grund dafür ableiten, daß der Geſetzgeber die Wirkung des Rechtsmittels auf die körperlichen Erbſchaftsobjekte beſchränkt wiſſen wollte.

Man wendet ein: nach Nov. Valent. IV ſtehe feſt, daß ſich die Hadrianiſche missio nur auf „corpora hereditaria" bezogen habe, folglich würde ſich Juſtinian, wenn er dies in der l. ult. Cod. habe ändern wollen, ohne Zweifel eines deutlicheren Ausdrucks im Geſetz bedient haben. Dieſer Einwand iſt nicht ſtichhaltig, denn bekanntlich erfreut ſich die Juſtinianiſche Verordnung beſonderer Klarheit und Deutlichkeit des Ausdrucks überhaupt nicht. Daß der Geſetzgeber verfügt: „mittatur in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt", ſtatt ſich eines umfaſſenderen Ausdrucks zu bedienen, geſchieht augenſcheinlich mit Rückſicht auf die ſpäter folgenden Worte „non autem legitimo

modo ab alio detinentur"; gerade dieses letztere wollte er besonders betonen.

Hiermit stimmt auch überein, was das vorm. O.A.G. zu Darmstadt in einem Erkenntniß vom 18. Oktober 1858 (Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. VII S. 459) ausführt: „Wenn auch nach dem edictum Hadrianum die Einweisung nur in hereditaria corpora habe stattfinden können, so sei doch dieses Edikt aufgehoben. Unter res, von denen in der c. 3 cit. die Rede sei, begreife man aber bekanntlich, (fr. 23 D. de V. S. 50,16; § 2 J. de reb. incorp. 2,2) sowohl corporales als incorporales res und es könnten diese in jura und in obligationes bestehn. Dazu komme, daß nach dem röm. Recht eine immissio sowohl in bona d. h. in ein ganzes, möglicherweise aus Sachen und Rechten bestehendes Vermögen (fr. 49 D. de V. S.) als auch in einen einzelnen Gegenstand (in singulam rem) zulässig sei (Zimmern, Der röm. Civ.-Proz. § 84, 85), und daß durch eine immissio in unkörperliche Sachen ein pignus praetorium daran begründet werden könne (c. 1 Cod. de praet. pign. 8, 22) . . . . . ."

Man hat ferner gesagt, die Klage aus der l. ult. Cod. sei kein petitorisches, sondern ein possessorisches Rechtsmittel, es handle sich nur um das Recht auf den Besitz, nicht um das eigentliche Erbrecht; folglich, da Forderungen nicht besessen werden könnten, gehe hierauf die Klage nicht. Es liegt aber im Geiste des Gesetzes, daß unter „res, quae testatoris mortis tempore fuerunt" der ganze Nachlaß hat verstanden werden sollen; denn Justinians Verordnung bezweckte Sicherung des wahrscheinlichen Erben, möglichst schnelle Regulirung des Nachlasses — und das Alles zugleich auch im Interesse der Erbschaftsgläubiger. Diesen Zweck konnte er — man denke nur an den Fall, wo der Nachlaß zumeist nur aus Forderungen besteht — allein erreichen, wenn er unter den „res here-

ditariae" auch die unkörperlichen Erbſchaftsſachen mitverſtand; andererſeits aber brauchte er keinen Anſtand zu nehmen, eine ſolche Einweiſung in die ſowohl Sachen wie Rechte umfaſſenden universa bona zuzulaſſen, da auch ſonſt das römiſche Recht proviſoriſche Einweiſungen derartigen Umfangs kannte.

Dieſe Anſicht billigt außer Gerau und den bei ihm Citirten auch Roßhirt (Das teſtamentar. Erbrecht S. 78).

Nun aber kommt für das heutige Recht noch hinzu, daß, wenn nicht ſchon der römiſche Geſetzgeber, ſo jedenfalls die mittelalterliche Doktrin und Praxis eine derartige Ausdehnung vorgenommen hat. So fragen ſich ſelbſt Anhänger einer anderen Auffaſſung vom Juſtinianiſchen Recht, wie Leiſt, ob nicht dadurch eine Veränderung eingetreten ſei, daß das deutſche Recht einen Quaſibeſitz bei allen den Rechten anerkennt, an welchen eine „rechte Gewere" ſtattfand; er gelangt mit vielen anderen Schriftſtellern[1]) zu dem Reſultat: da nach deutſchem Recht im Gegenſatz zum römiſchen an allen dieſen Sachen (er hat dabei die Servituten im Auge) gleichſam wie an Grundſtücken Beſitz ſtattfinde, ſo könne man auch den Einſatz in dieſelben verlangen, wenn ſie zur Erbſchaft gehörten[2]). Geht man aber einmal ſo weit, dann ſehe ich keine Veranlaſſung, weswegen wenigſtens heutzutage von der Einweiſung nicht auch alle diejenigen Rechte ſollten umfaßt werden, bei denen, um mit Leiſt zu reden, eine Radicirung auf Grund und Boden nicht ſtattgehabt haben kann.

Es erhebt ſich ſodann die weitere Frage: Erhält der obſiegende Implorant

---

1) Vgl. die bei Leiſt a. a. O. verzeichnete Litteratur.
2) Aehnlich auch Sintenis a. a. O. S. 574 Anm.

## 2. Juriſtiſchen Beſitz oder Detention?

Im Allgemeinen hat das römiſche Recht bei den missiones in possessionem z. B. legatorum vel fideicommissorum servandorum causa oder damni infecti nomine oder ventris nomine dem Eingewieſenen nur Detention, id est custodiam rerum et observationem, verſtattet. Wohl hauptſächlich dadurch ſind eine große Anzahl von Schriftſtellern und das vormalige Oberappellationsgericht zu Darmſtadt (Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. VII S. 460) verleitet worden, dem in Folge Anſtellung des remedium ex lege ult. Cod. in den Nachlaß Eingewieſenen nur Detention zuzugeſtehn. Zu ſeinem Schutze geben ſie ihm ein interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est [1]). Allein mit offenbarem Unrecht; denn einmal iſt mit Leiſt (Bonor. poss. II 2 S. 480) anzuerkennen, daß man, nachdem die missio Hadriana in der ſpäteren Kaiſerzeit „ex more“ bezw. durch beſondere kaiſerliche Sanktion des interdictum quorum bonorum, welches unzweifelhaft wahren Beſitz nach ſich zog, für ihr Gebiet ganz verdrängt hatte, jenem Rechtsmittel unmöglich weniger Effekt beilegen konnte, als dem Interdikt, das eben auf adipisci der possessio ging. „Und daß dann Juſtinian dies wieder abzuändern durchaus nicht die Abſicht hatte, erſieht man zur Genüge aus der l. ult. Cod. de ed. d. Hadr. toll., wenngleich auch darin vom Detiniren und von missio in possessionem die Rede iſt. Offenbar behandelt Juſtinian hier die Ausdrücke „mittatur in possessionem“ und „et ei acquiratur possessio“ als gleichbedeutend“. Vgl. Sintenis (Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III S. 572).

1) Vgl. z. B. Roßhirt, Das teſtamentar. Erbrecht, II Abt., S. 80.

Sodann iſt aber auch zu erwägen, daß in den meiſten Fällen der Beſitzeinweiſung, ſo in allen oben angeführten, man vollkommen damit ausreichte, wenn man dem lediglich ſeiner Sicherſtellung wegen Eingewieſenen nur Detention gab. Die missio ex lege ult. Cod. jedoch geſchieht nicht lediglich im Intereſſe der Eingewieſenen ſelbſt: es kommen hinzu die Intereſſen des nachher ſich legitimirenden wahren Erben, des Staates wegen ſeines Anrechtes auf die bona vacantia, vornehmlich aber die der Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer. Der Zweck der missio iſt alſo nicht lediglich Sicherſtellung; wollte man dieſe anderen Zwecke erreichen, dann mußte man auch dem missus wahren, alſo juriſtiſchen Beſitz zugeſtehn, denn nur ſo ſind die Vortheile der erwirkten Immiſſion auch wirklich von rechtlicher Bedeutung, nur ſo iſt der Eingewieſene das, was er ſein ſoll: vorläufiger Repräſentant des Nachlaſſes, und nur ſo kann der proviſoriſche Erbe den allſeitig an ihn geſtellten Anforderungen, als da ſind Begleichung der Erbſchaftsſchulden nach den Regeln der l. 12 Cod. de hered. petit. 3,31, Auszahlung der Vermächtniſſe und dergl. gerecht werden [1]).

Endlich iſt an dieſer Stelle auch noch die Frage zu ſtreifen, wie iſt näher zu denken:

3. das Verhältniß des Eingewieſenen zum definitiven Erben.

In der Regel wird der, welcher dem Richter ein gehörig qualificirtes Teſtament vorzeigt und auf Grund deſſen die Einweiſung erlangt, wahrer Erbe ſein und die Nachlaßſachen zu Eigenthum behalten. Wie nun aber, wenn ein Anderer ſich als Erbe erweiſt?

---

1) Dieſer Meinung iſt auch Ubbelohde a. a. O., S. 95—96.

Nach allgemeinen Regeln des römischen Rechts hat in solchen Fällen der Eingewiesene als Vertreter des definitiven Erben gehandelt und gestaltet sich sein Verhältniß zu diesem nach den Regeln von der freiwilligen Besorgung fremder Angelegenheiten. Der missus ist seiner Absicht nach lediglich in eigenem Interesse thätig geworden, er hat fremdes Vermögen im Glauben, es sei sein eigenes, behandelt, er haftet dem Eigenthümer nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung[1]). Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Erbe dem missus Arglist nachzuweisen im Stande ist, daß er z. B. das Vorhandensein eines später datirten, rechtsgültigen Testaments dolo malo verschwiegen habe. In diesem Fall ist der missus für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen selbst dann haftbar, wenn er an demselben gar keine Schuld trägt, und er kann seinerseits Ersatz für etwa gemachte Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch den Erfolg derselben noch jetzt in seinem Vermögen bereichert ist.

## V.

## Proceßrechtliches.

### A. Der eigentliche Missionsproceß.

Unter dem eigentlichen Missionsproceß haben wir dasjenige Verfahren zu verstehen, in dem erörtert wird, ob derjenige, welcher die Einsetzung in den provisorischen Besitz eines Nachlasses verlangt, hierzu ein Recht hat. Hieran schließt sich gegebenen Falls der Akt der Einweisung. Im Gegensatze zum Missionsverfahren steht das petitorische Verfahren, d. h.

1) Vgl. Windscheid, Pand. § 431.

der Proceß, in dem definitiv die Frage vom heres-sein entschieden wird.

Vor allem tritt uns die Frage entgegen:

### 1. Wer ist Proceßpartei?

Es ist zu unterscheiden zwischen der Person des Imploranten und des Imploraten.

a. Implorant ist — das wird stets der Hauptfall sein — der im Testament instituirte Erbe, welcher ein schriftliches Testament vorzulegen oder ein mündliches dem Richter durch Sistirung der Testamentszeugen darzuthun vermag. Dabei ist nach dem Gesetz gleichgültig, ob er als Vollerbe, „ex asse", oder als Erbe auf einen Theil der Erbschaft, „ex parte", instituirt ist.

Kann nun auch der nur auf eine bestimmte Nachlaßsache eingesetzte Erbe, der heres ex re certa, das beneficium des Rechtsmittels aus der l. ult. Cod. für sich in Anspruch nehmen? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, wenn man mit der herrschenden Meinung[1]) als richtig anerkennt, daß bei der heredis institutio ex re certa das vorzugsweise Gewicht auf die Erbeseinsetzung zu legen und demnach der auf ein bestimmtes Vermögensstück oder mehrere solcher Instituirte als schlechthin instituirt anzusehen ist.

Hiermit steht ein Erkenntniß des vorm. O.A.G. zu Cassel vom 8. April 1843 (abgedruckt in Seuff. Arch. Bd. III. Nr. 286 und in Strippelmann, Entsch. des O.A.G. zu Cassel, Th. VI., S. 115, 141) in Widerspruch. Dasselbe faßt im Gegensatz zu der oben erwähnten, heutzutage herrschenden Meinung den auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzten Erben nicht als Erben, sondern als Legatar auf und

1) Windscheid Pand. § 553; Deruburg Pand. Bd. III, § 87.

verkennt damit die weittragende Bedeutung, welche die Römer nun einmal dem Ausdruck „heres“ beigelegt haben. Richtiger iſt denn auch entſchieden in einem Erkenntniß des vorm. O.A.G. zu Wolfenbüttel vom 20. Febr. 1844 (Seuff. Arch. Bd. IX. Nr. 317), in dem es u. a. heißt: „Unzweifelhaft iſt nach den Geſetzesworten ſelbſt (ex asse vel ex parte), daß es (sc. das Rechtsmittel) nicht blos dem auf's Ganze, ſondern auch dem nur auf einen Theil eingeſetzten Erben zukomme. Dabei kann es an ſich keinen Unterſchied machen, ob dieſer Theil eine pars quota oder quanta ſei; denn daß dem, welchem auch nur ein beſtimmter Gegenſtand zum Erbtheil angewieſen worden, die vorläufige Beſitzeinweiſung ebenfalls beſonders nützlich ſei und daß ſie bei ihm noch leichter als bei dem Erben einer pars quota realiſirt werden könne, leuchtet von ſelbſt ein. Gleichwohl fragt es ſich, ob nicht — die Ausſchließung des Legatars von dem Gebrauche des remedii ex lege ult. Cod. de edicto divi Hadriani tollendo vorausgeſetzt — dasſelbe dem auf eine gewiſſe Sache eingeſetzten Erben nach der poſitiven Rechtsbeſtimmung in const. 13 de hered. inst. 6,24, welche dieſen dem Legatar gleichſtellt, zu verſagen ſei? Die Frage iſt zu verneinen. Denn durch jene Beſtimmung hat — wie das auch in der neueſten Zeit die Rechtslehrer anerkennen — keineswegs geſagt werden ſollen, daß der in re certa eingeſetzte Erbe in jeder Beziehung als Legatar anzuſehen, die Erbeigenſchaft aber garnicht in Betracht zu ziehen ſei. Derſelbe iſt vielmehr wahrer Erbe und jedenfalls nur dem Prälegatar gleich zu behandeln, dann aber auch ebenſo wie dieſer für befugt zu achten, ſein Recht auf die ihm zugewieſene Sache durch die actio familiae erciscundae geltend zu machen — fr. 17 § 2 de legat I. — Steht ihm aber dieſes gerade durch die Erbenqualität bedingte petitoriſche Rechtsmittel zu, ſo iſt ihm noch weniger

jenes nur poſſeſſoriſche Remedium abzuſprechen.“ So auch Leiſt in Glück's Erl. der Pand., Buch 37—38, Th. II., S. 438.

Wie jedem Erben, ſo muß, wie mit Recht in einem Erkenntniß des vorm. Oberappellationsgerichts zu Celle vom 2. Dezbr. 1856 (Seuff. Arch. Bd. XIV. Nr. 103) ausgeſprochen iſt, gemäß der Tendenz und den Worten der l. ult. Cod. auch dem Subſtituten das hier fragliche Rechtsmittel zuſtehn. Dagegen iſt es dem Univerſalvermächtnißnehmer zu verſagen: denn er iſt eben nicht heres; zwar ſteht er ſchon im Juſtinianiſchen Recht heredis loco, indeß erſt dann, wenn ihm das Fideicommiß reſtituirt iſt[1]). — Ebenſo ſteht es dem Vermächtnißnehmer nicht zu, denn die l. ult. Cod. ſpricht nur vom heres. — Ob auch der Erbſchaftskäufer, der bonorum emtor, das remedium hat, könnte zweifelhaft erſcheinen, muß aber m. E. um deswillen verneint werden, weil die Veräußerung einer Erbſchaft keine Geſammtnachfolge bewirkt, der bonorum emtor vielmehr in die einzelnen zur Erbſchaft gehörenden Vermögensverhältniſſe als einzelne tritt. Zwar iſt nach l. 1 C. de her. vel act. vend. 4,39 derjenige der die Erbſchaft vom Fiscus gekauft hat, wirklicher Univerſalſucceſſor; aber damit geht die Erbenqualität nicht auf ihn über und dieſe Qualität ſetzt das Rechtsmittel voraus. So hat auch das vorm. O.A.G. zu Darmſtadt (Archiv f. prakt. Rechtsw., Bd. VI, S. 462 ff.) entſchieden.

In Deutſchland ſind nun ſeit Reception des römiſchen Rechts die den Römern gänzlich fremden Erbverträge ausgebildet worden. Durch ſie iſt der Vertragserbe nach Eintritt des Erbfalls gerade ſo geſtellt, wie der Teſtamentserbe; darum dürfen wir keinen Anſtand nehmen, auch ihn der

1) So auch Leiſt a. a. O.

Rechtswohlthat aus der l. ult. Cod. theilhaftig werden zu lassen [1]).

b. Implorat ist vor allem derjenige, welcher Nachlaßsachen in Besitz oder Detention hat. Hat er sie nicht kraft eines rechtsgültigen, singulären Titels inne, so dringt der gehörig legitimirte Implorant gegen ihn mit dem Rechtsmittel durch: es muß also der Implorat die Nachlaßsachen eigenmächtig, bona oder mala fide, an sich gebracht haben.

Implorat kann aber auch Jemand sein, der garnichts vom Nachlaß in Besitz oder Detention hat, so z. B. der, welcher gleichfalls die Einweisung in den Nachlaß anstrebt, sei es vermittelst des interdictum quorum bonorum oder des remedium ex lege ult. Cod. Auch diesem gegenüber hat der Implorant — und das selbst nach Erlaß des Einweisungsdecretes — ein Interesse auf Feststellung seines Rechtes, um künftighin nicht wieder angetastet zu werden. So auch Pfeiffer (Prakt. Ausf. I. S. 208 ff.) und Gerau (Gießn. Z. Bd. XX. S. 287 ff.) im Gegensatz zu Leist (Bonor. poss. II 2, S. 484).

Unser remedium geht aber auch gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere oder qui litis esse obtulit; nur tritt an Stelle der Nachlaßsachen hier ein Geldäquivalent. Dagegen geht dasselbe, wie Leist a. a. O. richtig bemerkt, nicht gegen die debitores hereditarii, da diesen gegenüber die gewöhnlichen Rechtsmittel dem missus vollauf Genüge leisten.

Leist führt auch noch den Fall an, wenn der Richter schon durch Sequestration der Erbschaft eingegriffen hat; dabei gelangt er zu dem Resultat, daß, weil es sich hier um ein

1) Uebereinstimmend Sintenis (Civilrecht, Bd. III, S. 574 Anm.), Leist (Bonor. poss. II 2, S. 487) und Uddelohde (Die erbrechtl. Interd. S. 128). Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 22 Nr. 56, Bd. 29 Nr. 45.

adipisci der possessio handle und nicht um den Schutz eines ſchon vorhandenen oder verloren gegangenen Beſitzes, dem Sequeſter nicht auch noch ein interdictum adipiscendae possessionis zuſtehe. Dieſe Anſicht iſt richtig und zweckentſprechender als die von Gerau a. a. O. S. 305—314 aufgeſtellte; nach ihm hat der Sequeſter ſtets nur Detention, wenn nicht ausdrücklich die jura possessionis behufs Unterbrechung einer Verjährung mit übertragen ſeien; den Beſitz erhalte erſt derjenige, welcher nach Entſcheidung der Sache als Sieger aus dem Streit hervorgehe; es ſolle aber ſo angeſehen werden, als habe er ihn ſchon früher gehabt, es ſei der Sequeſter ſomit nur bisheriger Repräſentant des erſteren. — Näher auf dieſe Streitfragen einzugehen, führte hier zu weit. Nur möchte ich noch einmal auf das oben ad IV. A 1 Geſagte hinweiſen, demzufolge das Vorhandenſein eines Imploraten überhaupt nicht nothwendige Vorausſetzung iſt.

## 2. Das Verfahren.

Bei der Frage, wie ſich in dieſem Vorläufer des Erbſchaftsſtreites das Verfahren geſtaltet, iſt ein Unterſchied zu machen zwiſchen dem früheren und dem jetzigen Proceßverfahren. Auch auf erſteres muß hier eingegangen werden, weil dadurch die Einſicht in das zudem gleichſam auf der Grenze zwiſchen Civilrecht und Proceß liegende Inſtitut erheblich gefördert wird, wie ja auch bei der Erörterung der materiellrechtlichen Beſtimmungen mehrfach auf daſſelbe hingewieſen werden mußte.

### a. Das Verfahren zur Zeit Juſtinian's.

Juſtinian ſagt:

„Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in judicio competente causae in possessionem missionis et

subsecutae contradictionis ventilentur et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit: sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit . . . .“

Sehr viele Juriſten, unter dieſen namentlich v. Savigny in der „Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtsw.“, Bd. VI, S. 233—234, verſtehen dies ſo, daß von dem bisherigen Beſitzer des Nachlaſſes gegen die Klage des in einem äußerlich fehlerfreien Teſtamente Eingeſetzten Widerſpruch erhoben wird, im Gegenſatz zu dem Fall, wo überhaupt kein contradictor auftritt. „Dies ſei“ ſagt v. Savigny „die Meinung vieler Praktiker.“

Allerdings finden ſich manche Urteile, in denen dieſer Anſicht gemäß entſchieden worden iſt; ſo ſcheint u. a. auch das vorm. O. A. G. zu Caſſel nach einem in Seuffert's Archiv Bd. III No. 283 abgedruckten Erkenntniß dieſer Meinung geweſen zu ſein.

Die Vertheidiger derſelben ſehen in den citirten Geſetzesworten eine Anordnung Juſtinian's für den poſſeſſoriſchen Proceß und zwar für den Fall, daß ein bisheriger Beſitzer von Nachlaßſachen der Klage des wahrſcheinlichen Erben Widerſtand entgegenſetzt. Dabei ſagen ſie: aus den Worten „qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit“ folge, daß auf alle Einwände des Beklagten Rückſicht genommen werden müſſe; nur müßten dieſelben, da der Proceß ein ſummariſcher ſei, alsbald bewieſen werden können. Aehnlich, wenn auch nicht ganz ſoweit gehend, v. Löhr in der „Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß“ Bd. VI, S. 332 ff.

Alle dieſe Juriſten haben jedoch überſehn, daß der Geſetzgeber ſchon vorher von einer missio in possessionem im Allgemeinen geſprochen hat, wobei er nur die Vorausſetzung unterſtellte, daß nicht „res hereditariae legitimo modo ab alio“ detinirt würden. Durch die dann folgenden Worte:

„Sin autem contradictor exstiterit etc.“ iſt man keineswegs gezwungen, zu ſchließen, daß bei ſeinen bisherigen Dispoſitionen dem Geſetzgeber der Fall vorgeſchwebt habe, in welchem ein contradictor überall noch nicht aufgetreten ſei; es geht daraus nur hervor, daß, wenn ein contradictor auftrete, das Verfahren noch nicht beendigt und für dieſes noch weitere Vorſchriften gelaſſen werden ſollten.

Auch läßt ſich das Irrige einer ſolchen, angeblich notwendigen Folgerung leicht darthun.

Anſtößig erſcheint ſchon, wenn ſpäter, si contradictor exstiterit, causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur. Man hat beim Leſen dieſer Worte unwillkürlich das Gefühl, die in possessionem missio ſei ſchon geſchehn und ſolle jetzt nur noch in eine Verhandlung über die Motive zu derſelben eingegangen werden. Denn warum bediente ſich ſonſt der Geſetzgeber für „subsecutus“ nicht des doch auch gebräuchlichen und wohl eigentlich allein die Gegenwart anzeigenden Ausdrucks „subsequens“? Einen ſchlagenden Beweis endlich für die gänzliche Unhaltbarkeit obiger Behauptungen liefert uns das Geſetz in den Worten „et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit: sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit.“ Sie ergeben, daß unter den „causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis“ die Gründe einer ſchon geſchehenen Beſitzeinweiſung und einer darauf erfolgten Verhandlung zu verſtehen ſind, daß alſo von einem „erſten“ Verfahren im Beſitzſtreit hier ſchon nicht mehr die Rede ſein kann, eine missio vielmehr ſchon ſtattgefunden hat und nun noch nachträglich eine weitere Verhandlung ſtattfinden kann.

Damit fällt aber jene oben angeführte Theorie zuſammen.

Hieran nun anknüpfend, behauptet die herrſchende Mei-

nung, Justinian habe von den Worten „sin autem contradictor . . .“ an garnicht mehr das Possessorium, sondern das Petitorium im Auge gehabt, und sei jener Vorproceß des Erbschaftsstreites schon vorhergehend geregelt worden. Dieses gehe deutlich, ja ausdrücklich aus jenen Belegen hervor, welche man gegen obige erstere Meinung anzuführen pflege; es seien die Worte „sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit“ voll und ganz beweisend dafür, daß der Kläger im Possessorium entweder schon gesiegt habe oder unterlegen sei. Was aber die Proceßqualität dieses Missionsverfahrens, das also ein Possessorium sei, anlange, so stehe fest, daß seit dem Mittelalter, in Ausgleichung mit dem interdictum quorum bonorum, der Charakter eines summarischen Processes sich verstärkt habe[1]); deswegen könnten als zulässig erachtet werden nur liquide, id est in continenti beweisbare Einreden [2]).

Es liegt doch aber geradezu etwas Erkünsteltes in der Annahme, Justinian habe von den Worten „sin autem contradictor exstiterit“ ab den petitorischen Proceß im Auge gehabt; sowohl die grammatische wie die logische Interpretation der Gesetzesstelle ergiebt, daß der Gesetzgeber in der ganzen Verordnung nur für das einen provisorischen Zustand schaffende Possessorium hat Anordnungen treffen wollen, zum wenigsten, daß er an das Petitorium bei den Worten „sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc . . . . .“ überhaupt garnicht gedacht hat.

Einerseits nämlich ist nicht abzusehen, daß, nachdem unmittelbar vorher vom possessorischen Proceß die Rede gewesen, in jenen Worten der Uebergang zu einer gänzlich anderen

1) Leist in Glück's Erl. d. Pand., Buch 37 u. 38, II, S. 441.
2) So auch v. Bangerow, Pand. § 510 a. E.

Proceßart hat liegen ſollen; hätte der Geſetzgeber dies beabſichtigt, ſo würde er ſich, wie unklar ſonſt auch die ganze Verordnung gehalten ſein mag, wohl anderer Uebergangungsworte, z. B. „At in judicio ordinario“ oder dergl., bedient haben. Andererſeits läßt ſich ganz derſelbe Einwand in verſchärftem Maße noch einmal machen. Nachdem geſagt iſt, es ſolle derjenige in den Beſitz gelangen, „qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit“, heißt es weiter „nullis angustiis temporum hujusmodi missione coarctanda etc.“ Zweifellos iſt hier wieder vom Possessorium die Rede, was auch aus ſpäteren Dispoſitionen des Geſetzes unleugbar hervorgeht. Demnach müßte nochmals wieder ohne jeglichen Uebergang der Geſetzgeber zu einem vom Petitorium völlig getrennten Proceß übergeſprungen ſein. So wenig wahrſcheinlich dies an ſich ſchon iſt, es beweiſt das Gegenteil das „hujusmodi missio“: aus dieſem auf unmittelbar vorhergehendes zurückbezüglichen Pronomen erhellt auf's deutlichſte, daß der Geſetzgeber auch in dem vorausgehenden „sin autem aliquis contradictor exstiterit . . .“ von der missio geſprochen, d. h. aber, daß er ſtets nur an den poſſeſſoriſchen Proceß gedacht hat.

Aber die Interpretation der Geſetzesworte ergiebt noch mehr. Stellt man ſich nämlich auf den Standpunkt jener Rechtsgelehrten, ſo iſt nicht zu begreifen, warum in der Verordnung geſagt iſt: „tunc“ — alſo in petitorio — „causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur“. Man frage ſich: iſt denn das im wirklichen Erbſchaftsſtreit der Fall? und die Antwort wird ſtets ein „Nein“ ſein, denn das iſt nicht der Zweck des vom Possessorium völlig unabhängigen Petitorium, die Gründe zu erörtern, warum Jemand in jenem Stadium des Vorverfahrens geſiegt

habe, hier alſo, warum der wahrſcheinliche Erbe in den Beſitz des Nachlaſſes eingeſetzt ſei. Es geſtaltet ſich vielmehr, ſelbſt wenn in ihm die vorgebrachten Exceptionen dieſelben ſind wie die des Possessorium, die Verhandlung hierbei in einer ganz und gar ſelbſtändigen Weiſe, ſo daß auf letzteres auch nicht die mindeſte Rückſicht genommen wird, mögen nun die Parteirollen gewechſelt haben oder nicht. Dazu kommt noch, daß der petitoriſche Proceß auch ſchon von Anfang an neben dem poſſeſſoriſchen herzulaufen vermag, ſo daß die Verordnung Juſtinian's, in jenem Sinn gedacht, zu ganz merkwürdigen Conſequenzen führen würde.

Ein weiteres Moment gegen jene Anſicht ſcheint mir ferner darin zu liegen, daß der Geſetzgeber von „potiora ex legitimis modis jura ostendere“ ſpricht. „Ostendere“ heißt „vorzeigen“, „ſichtbar darlegen“. Ob darin auch zugleich ein „probare“ liegt, iſt zum wenigſten zweifelhaft, und „probare“ iſt der ſtändige Ausdruck für das „beweiſen“ im petitoriſchen Rechtsſtreit. Wenn ſtatt deſſen nun der Ausdruck „ostendere“ gebraucht iſt, indem dieſer mehr auf das Formelle geht, hier Beiſpiels halber auf das Darthun der äußeren Formen eines Teſtaments, wie das ja ſchon aus den Anfangsworten der Verordnung „si quis ex asse vel ex parte (institutus) competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum etc.“ erhellt, ſo darf man auch dies wohl als Argument dafür betrachten, daß alle Dispoſitionen auf das einen proviſoriſchen Zuſtand ſchaffende Possessorium gehn.

Man hat [1]) als einen Beleg für die gegenſeitige Meinung den Umſtand angeführt, daß im Geſetze geſagt ſei „tunc in competente judicio etc.“; dieſes „competens judicium“ deute auf das Petitorium. Doch auch dieſer Einwand iſt

1) So z. B. Leiſt in Glück a. a. O. S. 443.

nicht ſtichhaltig, denn abgeſehen davon, daß Juſtinian, wenn er an's Petitorium gedacht hätte, ſich hierfür wahrſcheinlich des ſtändigen Ausdrucks „judicium ordinarium“ würde bedient haben, beweiſt ſchlagend das Gegentheil der Umſtand, daß unzweifelhaft zu Beginn derſelben Verordnung von einem „competens judex“ als dem Richter des Possessorium die Rede iſt. Außerdem kann doch auch der Beſitzſtreit nicht bei jeder beliebigen richterlichen Behörde anhängig gemacht werden und giebt es auch für ihn ein zuſtändiges Gericht.

Nicht minder führt die logiſche Auslegung der Conſtitution zu demſelben Reſultat. Der Zweck der Verordnung war in der Hauptſache: möglichſt ſchnelle Einweiſung des Teſtamentserben in den Nachlaßbeſitz. Wie nun das Verfahren bei dieſem eben jene Einweiſung anſtrebenden Rechtsmittel ſich geſtalte, das wollte Juſtinian ordnen. Wie ſollte er dann dazu kommen, nachdem er kaum das Motiv zu ſeiner Verordnung klargelegt, plötzlich auf das Verfahren im petitoriſchen Proceß hinzuweiſen? Daß ein ſolcher anſtellbar ſei, bedurfte keiner ausdrücklichen Erwähnung, denn dafür bot die im römiſchen Rechte ſo außerordentlich ſtark entwickelte Beſitzeslehre genügend Anhaltspunkte. Wollte es aber der Geſetzgeber vielleicht zur deutlicheren Trennung beider Proceſſe erwähnen, ſo würde er, wie oben gezeigt, ſicherlich nicht in dieſer Weiſe, aber auch ſicherlich nicht an dieſer Stelle, an der er das poſſeſſoriſche Verfahren zu ordnen im Begriff ſtand, Dispoſitionen über den petitoriſchen Proceß getroffen haben.

In Erwägung deſſen, daß beide ſoeben angeführte Theorien ebenſowenig dem Wortlaut des Geſetzes, wie dem Geiſt und Zweck deſſelben entſprechen, erübrigt es nur, in eigener, zugleich praktiſcher Erwägung das richtige Reſultat zu ſuchen.

Wie im bisherigen festgestellt, muß man hierbei stets festhalten, daß in dem Satze „sin autem aliquis contradictor exstiterit . . . .“ einerseits nicht vom petitorischen Proceß die Rede sein kann, andererseits aber die Einweisung in den Besitz schon als geschehen vorausgesetzt wird. Dies führt uns zu der nothwendigen Consequenz, daß, bevor das eigentliche Possessorium, das possessorium ordinarium, wie man es wohl zu nennen pflegt, beginnt, die missio schon vollzogen sein muß.

Bei erstmaliger Vergegenwärtigung dieser Consequenz ist mir der Gedanke an die von der mittelalterlichen Jurisprudenz ausgebildeten Rechtsmittel des Summariissimum und der Spolienklage gekommen, von denen ersteres ursprünglich — in analoger Weise wie im alten Recht die Vindicienerteilung bei der rei vindicatio, wie nach deren Hinwegfall das Possessorium im Anfange seiner Entwickelung bei derselben Klage — einen Incidentpunkt, um diesen Ausdruck v. Ihering's zu gebrauchen, für das Possessorium bildete. Diese Rechtsmittel hatten u. a. namentlich den Zweck, den Besitzstand während der Dauer des possessorischen Processes zu regeln, so auch das Summariissimum, das dazu bestimmt war, diejenige Lücke auszufüllen, welche Justinian durch Beseitigung der alten fructus licitatio geschaffen und die nach v. Ihering's Ansicht wahrscheinlich zu Justinian's Zeiten dadurch von den richterlichen Behörden ausgefüllt wurde, daß sie während des Processes Einem den Besitz vorläufig zuerkannten. Wenn nun auch in späterer Zeit das Summariissimum ein völlig selbständiges Rechtsmittel geworden, so war es dies doch nicht im früheren Recht. Nach der zuerst von Bruns in seinem berühmten Buche „Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart“ aufgestellten Theorie weist die historische Entwickelung des Summariissimum drei Stufen auf:

urſprünglich iſt es lediglich als eine Polizeimaßregel zu charakteriſiren, indem die Obrigkeit dann, wenn Thätlichkeiten in Bezug auf ein Grundſtück vorkamen, ex officio einſchritt. In ſpäterer Zeit ſtellt es ſich als eine proceſſualiſche Maßregel dar, das Summariisimum erſcheint als ein Incidentverfahren beim interdictum uti possidetis und ſo nennen es die Quellen denn auch „portio interdicti uti possidetis [1])." Man ſtellte hier nun den Grundſatz auf: omnis possessor, lite pendente, in possessione officio judicis manuteneri debet, auf Grund deſſen dann von den richterlichen Behörden die ſog. Manutenenzdecrete erlaſſen wurden. Endlich reißt ſich auch das Summariissimum vom possessorium ordinarium los und wird ein ſelbſtändiges Rechtsmittel.

Lenken wir nun wieder unſer Augenmerk auf die missio in possessionem ex lege ult. Cod. de edicto divi Hadr. toll., ſo werden wir in der That ſehen, daß in ganz ähnlicher Weiſe wie dort, ſo auch hier das Verfahren ſich geſtaltet und im Laufe der Zeit wird geändert haben. Allerdings handelt es ſich hier nicht um Beſitzesſchutz, ſondern um Erlangung des Beſitzes, aber der Zweck des Summariissimum, während der Litispendenz einen beſtimmten und ruhigen Beſitz herzuſtellen, „damit die Parteien ſich nicht, was ſonſt gerade hier am meiſten zu fürchten wäre, zu Gewaltthätigkeiten und Eigenmacht hinreißen ließen" [1]), iſt auch hier vorhanden und ſo wird für Fälle, wie vorliegend, ſeit Baldus ganz allgemein jenes eigenthümliche proceſſualiſche Inſtitut erwähnt. Wenn aber Bruns dies dadurch erklären will, daß im Grunde genommen auch hier es ſich nur um Schutz beſtehenden Beſitzes handle, daher vor allem derjenige zu ſchützen ſei, welcher den

1) Vgl. Bruns a. a. O. S. 272.

Besitz bereits wirklich ergriffen, so hieße dies m. E. für unseren Fall nichts anderes, als der Eigenmacht eine Prämie aussetzen und damit das Gegentheil vom Gewollten erreichen. Mag man über die Bruns'sche Begründung in ihrer allgemeinen Gestaltung denken, wie man will, hier ist man jedenfalls genöthigt, dem entgegenzuhalten, was v. Jhering an anderer Stelle[1]) treffend, wie folgt, ausdrückt: „Das adipisci in der Person des Erben" — hier also des wahrscheinlichen Erben — „bezweckt nur ein recuperare des Besitzes des Erblassers und nur darum erhält die beabsichtigte Wiedererlangung des Besitzes die Form der Erlangung, weil nach der römischen Besitztheorie der Besitz mit dem Tode des Erblassers unter- und nicht ipso jure auf den Erben übergeht. Der Grund aber dieses seines Anspruches ist kein anderer, als der ehemalige Besitz des Erblassers. Darum also wird man bei den Klagen auf Besitzerlangung nicht so sehr darauf zu sehen haben, wer im Besitze ist, sondern wer mit mehr Recht seinen Besitz vom Erblasser ableitet."

Das Verfahren war zu Justinian's Zeiten in analoger Weise wie bei den interdicta retinendae et recuperandae possessionis von der späteren Praxis jedenfalls verschieden. Nach der Verordnung Justinian's wird zunächst demjenigen ein Immissionsdecret ertheilt, der ein äußerlich fehlerfreies Testament vorzuweisen vermag; es geschieht re cognita, vorausgesetzt, daß dem betreffenden judex nicht sogleich klar ward, daß ein Anderer „legitimo modo res hereditarias" detinire. Nunmehr erst konnte, „si contradictor exstiterit", in eine contradictorische Verhandlung über die Recht- oder Unrechtmäßigkeit der erfolgten missio eingetreten werden. Hierbei wurde dann demjenigen der Besitz zugesprochen, der

1) Vgl. „Grund des Besitzschutzes" S. 129.

„potiora jura competenti judici ostenderit", mochte dies nun der „missus" sein oder der „antea detinens."

Welche Einreden nun aber in diesem zweiten Stadium des Verfahrens von dem contradictor vorgebracht werden konnten, wie sich überhaupt das ganze Verfahren hier gestaltet hat, darüber wird sich m. E. mit Recht streiten lassen, indem gerade über diesen Punkt uns die Verordnung selbst am wenigsten Aufschluß zu geben im Stande ist und auch die Auffassung der Glosse — ad l. 2 Cod. de edicto divi Hadriani tollendo — nicht klar erscheint. Eine nähere Untersuchung über diese Frage kann hier unterbleiben, weil dieselbe für's heutige Recht praktisch nicht mehr von Belang ist. Nur soviel sei bemerkt, daß die Möglichkeit einer Geltendmachung weiterer Einreden, als wie sie Justinian selbst verstattete, nicht nachweisbar sein möchte.

b. Die Fortbildung des Verfahrens im gemeinen Recht.

Im Anfang seiner Entwickelung, welcher in das XIII. Jahrhundert zurückzuverlegen ist, wurde das Summariissimum keineswegs als ein selbständiger Proceß aufgefaßt, sondern als eine Polizeimaßregel zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten, insbesondere von „vis armata", weiterhin sodann als „portio interdicti uti possidetis" d. h. als Incidentverfahren dieses Interdikts. Im XVI. und vor allem im Laufe des XVII. Jahrhunderts dagegen reißt sich das Summariissimum vom possessorium ordinarium los und wird ein separatum judicium, ein selbständiger, vom possessorium ordinarium unabhängiger Proceß, der sich durch höchste Summarietät auszeichnete; doch blieb er immer, wie Bruns a. a. O. S. 272 mit Recht bemerkt, ein accessorischer Proceß vor oder neben einem Hauptprocesse; man hielt namentlich den Satz

feſt, daß das Summariissimum ſowohl im Laufe eines Proceſſes als zur Vorbereitung desſelben angeſtellt werden könne.

Damit wirft ſich von ſelbſt die Frage auf, ob denn auch unſer Beſitzeinweiſungsverfahren in ſpäterer Zeit analog eine Aenderung zu erleiden gehabt habe. Wie aber auch der Entwickelungsgang hier geweſen ſein mag — denn darüber läßt ſich eine beſtimmte, klare Anſicht nicht bilden —, ſoviel iſt feſtzuſtellen, daß aus jener blos proceſſualiſchen Maßregel des Decretserlaſſes etwas ganz anderes geworden iſt. Für den gemeinrechtlichen Proceß ſteht es allgemein feſt, daß der Richter vor Erlaß ſeiner Verfügung und damit vor erfolgter Einweiſung ſtets erſt die andere Partei, den Detentor oder den einen gleichen Anſpruch Verfolgenden, zu hören hatte, daß es dann aber vor allem ihm oblag, das Verfahren in einem möglichſt beſchleunigten Tempo zu betreiben.

Damit werden wir zu der nothwendigen Conſequenz gedrängt, zwei von einander unabhängige Verfahren und zwar beide proviſoriſchen Charakters annehmen zu müſſen, denn einerſeits lag, wie bei den interdicta retinendae et recuperandae possessionis, bei den Beſitzerlangung erſtrebenden Rechtsmitteln Grund zur Annahme zweier Proviſorien vor (ſ. oben); andererſeits kann es als feſtſtehend bezeichnet werden, daß auch im Mittelalter in Theorie und Praxis das Juſtinianiſche Geſetz die alleinige Baſis für das Miſſionsverfahren geblieben iſt. Dafür, daß etwa im Wege des Gewohnheitsrechts ſich ein anderweitiges Beſitzeinweiſungsverfahren, als wie es die l. ult. Cod. uns darthut, ausgebildet habe, liegen nicht die geringſten Anzeichen vor, im Gegentheil hat ſich ja erſt ſeit dem Mittelalter bei den auf Beſitzerlangung bezw. Wiederlangung gerichteten Interdicten der dem possessorium ordinarium vorhergehende, höchſtſummariſche, aber völlig unabhängige Proceß mit dem Zwecke

der Regelung des interimistischen Besitzstandes während der Dauer des possessorischen Processes ausgebildet. Wenn dies aber dort der Fall war, so sehe ich nicht ein, warum v. Savigny (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw., Bd. VI. S. 234 N.) und v. Löhr (Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß, Bd. VI., S. 334) sich daran stoßen, auf diese Weise auch hier zwei provisoria annehmen zu müssen, „von denen der eine mit der Vorzeigung der tabulae beginnt und der missio endigt, der zweite mit der contradictio (richtiger: der contradictorischen Verhandlung) beginnt und mit einem Urtheil schließt", vor allem aber, wenn man erwägt, daß, abgesehen von der Gleichheit des Zweckes, es doch im Geiste des späteren Verfahrens und vor allem im Interesse einer nothwendigen Rechtsgleichheit liegt, auch schon vor Erlaß des Immissionsdecretes die andere Partei wenigstens zu hören.

Im übrigen kann hier gleichfalls die nähere Gestaltung des Verfahrens in jenem ersten Provisorium und dem darauf folgenden possessorium ordinarium dahingestellt bleiben. Nur werde auch hier hervorgehoben, daß jedenfalls kraft des in der Justinianischen Verordnung enthaltenen und nachweislich weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht abgeänderten, materiellen Rechts andere Einreden, als wie von diesem verstattet, auch derzeit vom Imploraten nicht haben vorgebracht werden können.

Einige Juristen scheinen denn auch die vorstehend entwickelte, mit dem uns vorliegenden Recht — einschl. dem materiellen — allein harmonirende Theorie für richtig erachtet zu haben; jedenfalls kommen sie alle darin überein, daß nach der durch das Gericht schon erfolgten Besitzeinweisung noch ein contradictorisches Verfahren über das Recht zum Besitze habe stattfinden können. Von älteren Juristen führe ich namentlich an Giphanius (Explan. Cod. P. p. 114),

von neueren Briegleb (Theorie der summariſchen Proceſſe, S. 205—208), welch' letzterer aber gemäß der beſonderen, von ihm aufgeſtellten Theorie der ſummariſchen Proceſſe erſt ein possessorium summarium annimmt, in welchem aber auch alle unverzüglich nachweisbaren Einwände des contradictor berückſichtigt werden ſollen, weil dies im Geiſte jeder Prima-facie-Cognition liege, und ſodann ein possessorium ordinarium nichtſummariſcher Natur. Anklänge an dieſe Theorie finden ſich auch bei Gerau im XX. Bande der „Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß", S. 303; dort heißt es: „Wenn nun der Geſetzgeber verordnet, daß die causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilirt und demjenigen der Beſitz richterlich zugeſprochen werden ſoll, welcher das beſſere Recht darlegt, ſei es nun der in possessionem missus oder der zuvor detinirende Widerſprecher, ſo folgt u. ſ. w." Am deutlichſten aber tritt der Gedanke zweier provisoria in dem ſchon mehr erwähnten, im „Archiv für die Praxis des im Großherzogt. Oldenburg geltenden Rechts" Bd. IV. S. 5 abgedruckten Urtheil des vorm. OAG. zu Oldenburg hervor; hier wird, wenn über das „non autem legitimo modo ab alio detinentur" der Juſtinianiſchen Verordnung geſprochen wird, u. a. geſagt: es beziehe ſich dieſes dem ganzen Zuſammenhange des Geſetzes nach offenbar nur auf die erſte Ertheilung des Immiſſionsdecretes, über deſſen Rechtmäßigkeit auf erhobenen Widerſpruch hin noch verhandelt nnd entſchieden würde, denn Juſtinian fahre gleich fort: sin autem contradictor exstiterit ꝛc. u. ſ. w.

### c. Das heutige Verfahren.

In ein ganz neues Stadium iſt der Streit darüber, wie ſich im Einzelnen das Verfahren bei einer auf Grund der

l. ult. Cod. nachgeſuchten Beſitzeinweiſung bezw. angeſtellten Klage geſtaltet, durch die Einführung der Reichs-Civilproceßordnung getreten. Zunächſt iſt inſofern eine Klärung bewirkt worden, als in die neue Proceßordnung weder die beſtimmt noch die unbeſtimmt ſummariſchen Proceſſe aufgenommen ſind. Sie alle ſind in das ordentliche Verfahren aufgegangen und zwar mit Rückſicht auf die bei weitem elaſtiſchere Natur des neuen Proceßverfahrens, das in Folge der über die Verlängerung und Abkürzung der Proceßfriſten getroffenen Beſtimmungen je nach Bedürfniß ſich ausdehnen oder zuſammenziehen kann. Es ſind alſo heutzutage für alle gemeinrechtlich als unbeſtimmt ſummariſche Proceſſe geltenden Arten des Verfahrens beſtimmte geſetzliche Vorſchriften da. Damit iſt nun jenes erſte höchſtſummariſche Verfahren des gemeinen Rechts, die interimiſtiſche Beſitzeinweiſung für die Dauer des possessorium ordinarium, hinweggefallen, der Beſitzproceß an ſich natürlich, wenn auch nicht als beſondere Proceßart geblieben.

Einen Erſatz für das possessorium summarium gewähren die ſog. einſtweiligen Verfügungen, ſpeziell die des § 819 C.P.O. „zum Zwecke der Regelung eines einſtweiligen Zuſtandes in Bezug auf ein ſtreitiges Rechtsverhältniß.“[1]) Ferner beſtimmt § 16 Z. 4 des Einführungsgeſetzes zur C.P.O., daß die Vorſchriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in beſtimmten Fällen einſtweilige Verfügungen erlaſſen werden können, unberührt bleiben ſollen. Und es liegt m. E. kein Grund vor, zu dieſen Fällen nicht auch das remedium ex lege ult. Cod. zu zählen, was Ubbelohde (die erbrechtl. Interd. S. 130 ff.) ſtricte verneint.

Wie wir oben geſehen haben, beſtand der Zweck des bei

1) Vgl. auch R.G.E. Bd. IV Nr. 405.

der missio stattfindenden ersten Verfahrens ja gerade darin, für die Dauer des possessorium ordinarium den Besitzstand, und zwar zu Gunsten des scriptus heres, zu regeln; dieses Verfahren war an die Stelle des ursprünglichen Decretserlasses getreten; der Implorant wurde eingewiesen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen. Er erwirkte also günstigen Falls eine einstweilige Verfügung auf Grund materiellen Rechtes, auf Grund der Bestimmungen der l. 3 Cod. cit. Wenn jetzt auch dieses erste summarische Verfahren hinweggefallen ist, keine einzige Bestimmung der l. 3 Cod. cit. steht im Wege, den scriptus heres auch heute noch durch einstweilige Verfügung beim Vorliegen der materiellen Voraussetzungen in den Nachlaß einzuweisen [1]).

Das Verfahren hierbei richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 815—820 unter analoger Anwendung der §§ 796—813 C.P.O. [2]), auf die hinzuweisen hier genügen mag. Hervorgehoben werde nur folgendes: Zuständig für Erlaß der Verfügung ist nach § 816 das Gericht der Hauptsache, also das Gericht, vor dem der Hauptproceß d. i. der Besitz- oder petitorische Proceß entweder schon anhängig ist, oder eventuell später anhängig zu machen ist [3]). In dringenden Fällen kann die Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung erfolgen, wobei es im Ermessen des Gerichts liegt, ob es den Fall für dringlich erachtet oder nicht. Gemäß § 820 kann in dringenden Fällen auch dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, die Besitzeinweisung verfügen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die

1) So auch Hellmann, „Ueber missio in possessionem etc." in der Festgabe der Münchener Juristenfacultät für Planck, S. 267 ff.

2) Vgl. Gaupp, Com. zur C.P.O., 2 Aufl. Bd. II S. 549.

3) s. oben Cap. IV, A 2a.

Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist; nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist ist auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben. Ist ohne vorgängige mündliche Verhandlung die Besitzeinweisungsverfügung ergangen, so findet gegen dieselbe eventuell ein Widerspruchsverfahren statt, das durch Endurteil erledigt wird (§§ 804, 805, 818, 820). Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung ist hierbei aber nicht der zu sichernde Anspruch selbst (die Hauptsache), sondern der Anspruch auf die einstweilige Verfügung, d. i. der Grund des Gesuchs und die Glaubhaftmachung des Anspruchs selbst, m. a. W. die Frage: Ist die erlassene Verfügung zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben? Die dabei statthaften und nötigenfalls glaubhaft zu machenden Einwände des Beklagten können nur die Wirkung haben, die vom Imploranten vorgebrachten Behauptungen und die ihm obliegende Glaubhaftmachung derselben als unwahr bezw. minderwertig erscheinen zu lassen. Die erlassene einstweilige Verfügung ist sofort vollstreckbar und bedarf in der Regel der Vollstreckungsklausel nicht; ihre Wirkung bestimmt sich gemäß dem Inhalt der einzelnen Verfügung allein nach dem materiellen Recht[1]). Endlich ist noch zu bemerken, daß die in den §§ 814 bezw. 819 C.P.O. aufgestellten Voraussetzungen für unsere auf Grund rein materiellen Rechts erlassene Besitzeinweisungsverfügung natürlich nicht vorvorhanden zu sein brauchen und daher auch keines Nachweises bezw. keiner Sicherheitsleistung an dessen Stelle bedürfen; andererseits kann durch Sicherheitsleistung eine derartige Verfügung auch nicht gehemmt oder wieder aufgehoben werden[2]).

1) S. oben Cap. IV, B. 2.

2) Gaupp, Com. zum Einf. Ges. zur C.P.O., § 16 Z. 4; R.G.E. v. 14. Dez. 1889 bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, XXXIV, 1084.

Für's heutige Recht wirft sich nun aber weiter noch die Frage auf, ob und welche Einreden der Implorat bezw. der in possessorio Beklagte dem Imploranten bezw. Kläger wirksam entgegenzusetzen vermag.

Wenn auch die ganze Lehre der hier behandelten Besitzeinweisung, wie Sintenis einmal treffend bemerkt, auf der Grenze zwischen Civilrecht und Proceß liegt und man daher die Bestimmungen processualischer Natur von den materiellrechtlichen genau zu sondern hat, so muß man doch stets dabei im Auge behalten, daß der Zweck der Klage aus der l. ult. Cod., bis zur Beendigung eines etwa noch nachfolgenden petitorischen Streites einen ruhigen unangetasteten Besitz zu haben, auch heute noch wesentlich derselbe geblieben ist, daß dann aber dementsprechend alle diejenigen Bestimmungen, die Justinian getroffen, um das Institut an sich zu ordnen, m. a. W. die materiellrechtlichen Bestimmungen ebenso, wie einst im gemeinen Recht, ihre volle Kraft bewahrt haben. Auch heute noch soll nur derjenige ein Anrecht auf den Nachlaßbesitz wirksam geltend machen können, welcher in einem an äußeren Mängeln nicht leidenden Testament als eingesetzter Erbe figurirt; jeder Andere aber, der nicht zu beweisen vermag, das Testament leide an sichtbaren Mängeln oder er sei legitimo modo Detentor im Sinne des Justinianischen Gesetzes[1]), soll vorläufig ein besseres Recht auf den Besitz nicht haben, er nimmt an dem beneficium der l. ult. Cod. nicht Teil, sondern wird mit seinen Ansprüchen und Einreden, welche etwa noch gegen den Rechtsbestand und die Gültigkeit eines Testamentes aus nicht sichtbaren, inneren Mängeln desselben hergeleitet werden können, auf's Petitorium verwiesen. Auf innere Mängel gestützte Einreden sind in diesem Verfahren schon um deswillen auszuschließen, weil sie gegebenen Falls direkt gegen die Erb-

1) Legitimo modo delinirt hier Jeder, der auf Grund eines singulären Titels, mit Ausnahme desjenigen pro herede, Nachlaßsachen in Gewahrsam hat.

berechtigung gerichtet sein können, solche Einreden aber stets erst im Petitorium ihre Erledigung finden dürfen. Sollte es nämlich Jemand auch schon in possessorio z. B. freistehn, zu beweisen, das Testament sei innerlich mangelhaft, so würde für den Fall, daß der instituirte Erbe ein Intestaterbe nicht wäre, damit auch zugleich der Frage vom Recht präjudicirt sein. Ferner ist nicht minder zu beachten, daß mit dem Zulassen auch innerer Testamentsmängel dem Verfahren vor und nach Erlaß einer einstweiligen Verfügung wie dem Besitzproceß eine ungleich größere Ausdehnung würde gegeben werden, als wie es im Zweck und Geist des ganzen Rechtsinstituts liegt, ja, es würde solches geradezu eine Anomalie sein, wodurch dem Rechtsmittel sein Charakter völlig abgestreift würde [1]).

Das Resultat ist demnach das gleiche: Alle auf innere Testamentsmängel gestützte Einreden sind in diesem Verfahren ausgeschlossen und nur Gegenstand der Erörterung im petitorischen Rechtsstreit. Diese Consequenz wird man gerade heutzutage mit um so weniger Bedenklichkeit ziehen können, als Dank unserer jetzigen processualischen Einrichtungen auch das petitorische Verfahren ein ungleich kürzeres ist.

### 3. Der Beweis.

Die Frage nach dem Beweise im Besitzeinweisungsverfahren bedarf einer Erörterung sowohl hinsichtlich der in Anspruch genommenen Sachen als hinsichtlich der persönlichen Berechtigung des Imploranten.

Was zunächst die Sachen anlangt, so muß der Implorant im Zweifelsfall beweisen, daß sie zum Nachlaß des Testators gehören. Diesen Beweis hat er natürlich nur dann zu erbringen, wenn ihm ein contradictor entgegengetreten ist, der gerade die Eigenschaft der in Anspruch genommenen Nachlaß-

1) Sintenis, a. a. O. S. 574.

sachen als solcher bestreitet. Für das Verfahren, welches mit der missio schließt, wird ehedem hier eine bloße, aber schleunigst zu erbringende Bescheinigung ausgereicht haben, denn nur so konnte damit dem auf schleunige Besitzerlangung gerichteten Zweck Genüge geleistet werden. In richtiger Erkennung dieses fordert denn auch der heutige Gesetzgeber in den hier maßgebenden §§ 796 ff. C.P.O. nur, daß der Implorant seine sämmtlichen Behauptungen glaubhaft mache. Dieses Glaubhaftmachen steht mit dem „Bescheinigen" des gemeinen Proceßrechtes auf fast derselben Linie. Dasselbe erstreckt sich auch auf alle Einreden bezw. deren Elidirung [1]). Indes kann nach § 801 C.P.O. die Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt werden; selbst neben der Glaubhaftmachung kann das Gericht eine solche Sicherheitsleistung fordern. Durch die Glaubhaftmachung braucht dem Richter nicht die volle Ueberzeugung von der Wahrheit des Behaupteten beigebracht zu werden, sondern es soll schon der auf objektive Gründe gestützte Glaube des Gerichts an die Wahrheit des von der Partei Vorgetragenen genügen [2]). Einer besonderen Beweisaufnahme bedarf es stets dann nicht, wenn gegebenen Falls die Behauptung schon an sich als glaubhaft erscheint. Indeß wird eine Beweisaufnahme nur dann zugelassen, wenn sie sofort erfolgen kann (§ 266 C.P.O.); dabei sind denn alle Beweismittel mit alleiniger Ausnahme des zugeschobenen Eides zulässig.

Im eigentlichen Possessorium dagegen wird man, wie einst, so auch jetzt, vom Kläger im Bestreitungsfall Erbringung vollen Beweises verlangen müssen.

Es ist nun manchmal, so z. B. von Leist a. a. O. S. 487, behauptet worden: falls die missio gegen einen

1) Vgl. Gaupp a. a. O. § 800; R.G.E. v. 2. Novbr. 1888 in Seuff. Arch. Bd. 45 S. 117; R.G.E. v. 22. Mai 1891, Bd. XXVII, S. 427.

2) Gaupp a. a. O. § 266, I.

bestimmten Beklagten gerichtet sei, habe Kläger ferner zu beweisen, daß die von ihm in Anspruch genommenen Nachlaßsachen sich im Besitz gerade dieses Beklagten befänden. Das ist m. E. in dieser Allgemeinheit unrichtig, weil Jemand doch auch dann Beklagter sein kann, wenn er das Recht des Eingewiesenen auf den Besitz des Nachlasses bestreitet, im übrigen aber selbst weder am Nachlaß noch an Teilen desselben Besitz erlangt hat, sondern eben durch seinen Widerspruch gleichfalls erst erlangen will. Anders liegt allerdings die Sache, wenn der „antea detinens" als Widersprecher nicht aufgetreten ist, sondern erst durch die Behauptung des Imploranten, er detinire Nachlaßsachen „non legitimo modo", in seinem Besitz angegriffen wird; dann hat schon nach allgemeinen Proceßregeln der Implorant die Wahrheit seiner Behauptung darzuthun.

Hinsichtlich der persönlichen Berechtigung lag es früher dem Imploranten ob, dem Richter durch in continenti zu erbringende Nachweise das Vorhandensein der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen, id est Institution in einem äußerlich fehlerfreien Testament, darzuthun. In der Regel wird er ja diesen Nachweis schon durch Vorlage der Testamentsurkunde haben erbringen können; war das Testament ein mündliches, so hatte er, im ersten Verfahren vielleicht durch schriftliche Bescheinigung der Testamentszeugen oder aber, wie im ordinarium, durch Sistirung derselben vor dem judex diesen Nachweis zu erbringen. Für's heutige Recht wird regelmäßig ein gleiches genügen, um dem Richter den erstrebten Anspruch nebst seinem Grund glaubhaft erscheinen zu lassen; die gesetzlichen Vorschriften von C.P.O. §§ 796 ff., 266 greifen hier wiederum Platz.

Falls gegnerischerseits die Identität des die Einweisung Verlangenden mit dem im Testament Instituirten bestritten wird, hat Ersterer natürlich auch diesen Einwand zu entkräften.

### B. Das petitorische Verfahren.

Im Vorstehenden ist schon mehrfach darauf hingewiesen, daß das ganze Missionsverfahren mit seinen beiden gesonderten Stadien doch lediglich provisorischen Charakters ist und nur eine vorläufige Nachlaßregulirung bezweckt. Daraus folgt, daß später noch ein endgültiges Verfahren, ein petitorischer Proceß, nachfolgen kann; darauf weist das Justinianische Gesetz selbst hin, wenn es heißt: „. . . . . vel ipsi, qui missus est, omnem intentionem excludere". In ihm nun steht es dem Gegner frei, alle diejenigen Einwände vorzubringen, welche nach den gesetzlichen Vorschriften der l. ult. Cod. im Missionsverfahren keine Berücksichtigung finden sollen, vornehmlich also den Einwand, das Testament leide an inneren Mängeln. Daß dieser Proceß sowohl gleich von vornherein neben dem Besitzeinweisungsverfahren herlaufen oder aber während oder nach Beendigung desselben anhängig gemacht werden kann, ist schon früher erwähnt worden.

Wie sich nun im Einzelnen der Proceß hier gestaltet, bedarf keiner näheren Ausführung. Nur werde hervorgehoben, daß die Klage entweder vom eingesetzten Erben oder aber vom contradictor angestrengt werden kann; ersterenfalls ist sie die gewöhnliche hereditatis petitio, welche zur Voraussetzung hat, daß der heres die Nachlaßsachen nicht in seinen Besitz bekommen; anderenfalls ist sie entweder ebenfalls die hereditatis petitio oder aber die gewöhnliche rei vindicatio.

### VI. Schluß und Betrachtung de lege ferenda.

Vorstehendes wird im wesentlichen die Einweisung des testamentarischen Erben in den Besitz der Erbschaft seiner rechtlichen Natur noch zur Darstellung gebracht haben. Etwa nicht zur Erörterung gekommene Bestimmungen der l. ult. Cod., auf welcher ja dieses Einweisungsrecht ruht, sind unwesentlicher Natur, so u. a. wenn es heißt: es erhalte der

Digitized by Google

Implorant den Besitz „testificatione publicarum personarum". Ubbelohde a. a. O. S. 118 versteht hierunter „die amtliche Einführung" des immissus in den Besitz der Nachlaßsachen; v. Löhr (Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß, Bd. VI, S. 331) sagt, die gewöhnliche Antwort auf die Frage, was dies heiße, sei: der Implorant werde durch die Gerichtsdiener eingewiesen; seiner Ansicht nach habe man jedoch eher an die Aufnahme eines Protokolls über die Art der Einweisung zu denken oder an ein öffentliches Inventar. Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls ist die lediglich proceßrechtliche Vorschrift veraltet und treten an ihre Stelle die gesetzlichen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung (§ 644 ff. C.P.O.).

Erwähnung mag auch noch finden, daß die missio an sich einer Verjährung nicht unterliegt[1]) und daß nach l. 7 pr. de app. rec. 49,5 und l. 6 C. quor. app. non rec. 7,65 im Besitzeinweisungsverfahren einer Appellation nicht stattgegeben werden durfte, eine Vorschrift jedoch, die, weil ebenfalls rein processualischen Charakters, durch die gesetzlichen Vorschriften unserer heutigen Proceßordnung ihre Erledigung gefunden hat. Vgl. hierüber C.P.O. §§ 804, 805, welche analog Anwendung finden; darnach ist die durch Endurtheil erfolgende Entscheidung durch die gewöhnlichen Rechtsmittel anfechtbar; wird dagegen die Besitzeinweisungsverfügung — ohne vorgängige mündliche Verhandlung — durch Beschluß erlassen, so findet hiergegen ausnahmsweise nicht Beschwerde, sondern Widerspruch statt. Das im Widerspruchsverfahren ergehende Endurtheil ist dann wieder durch die gewöhnlichen Rechtsmittel anfechtbar. Ebenso auch das im eigentlichen Possessorium erstrittene Endurtheil.

Die vorangegangenen Ausführungen werden ihren wesentlichsten Zweck erreicht haben, wenn sie zur Veran-

1) Vgl. hierüber Ubbelohde a. a. O. S. 119—120.

schaulichung der großen praktischen Bedeutung der hier behandelten missio dienen. M. E. kann dieselbe nicht bezweifelt werden; sie erhellt aus dem Zweck des Rechtsmittels, der in dem Verlangen nach einem ruhigen unangetasteten Besitz bis zur endgültigen Erledigung des Rechtsstreites auch heute noch derselbe ist, wie einst, und aus der Verschiedenheit der processualischen Voraussetzungen von denen der hereditatis petitio bezw. rei vindicatio. Letzteres illustrirt eben am besten das Verbot des Sichberufens auf den titulus pro herede, wenn der scriptus heres das remedium erhebt.

Um so mehr muß ich es mit Ubbelohde a. a. O. S. 136 beklagen, daß der bisherige Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich jenes Rechtsmittel nicht in sich aufgenommen hat und zwar, wie die Motive zu § 2088 Bd. V., S. 597 b sich ausdrücken, weil „theils entbehrlich, theils mit Rücksicht auf die C.P.O., weil von einem vorläufigen Rechtsmittel ein Vortheil nicht zu erwarten steht, ohne Werth." Beide Gründe sind nicht haltbar. Denn als entbehrlich kann doch ein Rechtsmittel, welches sich Jahrhunderte hindurch in der Praxis bewährt hat, nur dann bezeichnet werden, wenn besondere Gründe dieses bedingen; solche aber führen die Motive nicht an. Und wenn sodann auf Grund der Bestimmungen der C.P.O. von ihm ein Werth als von einem vorläufigen Rechtsmittel sich nicht erwarten lassen soll, so erscheint dieses geradezu unverständlich — wenigstens so lange, als die C.P.O. im Arrest, in der einstweiligen Verfügung u. s. w. ja selber vorläufige Rechtsmittel kennt, deren eminent großen Werth aber bisher noch kein Jurist anzutasten gewagt hat. Auch würde damit ja in Widerspruch stehen, daß gerade auch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 16 Z. 4 in sehr berechtigter Weise alle diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, bestehen lassen will.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena — 1349

IV.

# Superficies solo cedit.

Von **Professor Dr. Biermann** in Berlin.

Daß was einem Grundstücke durch Einbauen oder Einwurzeln einverleibt wird, in das Eigenthum des Grundeigenthümers fällt, ist herrschende, fast einstimmige gemeinrechtliche Lehre. Der kurze Ausdruck für sie ist die Parömie „superficies solo cedit", freilich kein ganz zutreffender Ausdruck, da superficies eigentlich nur das über den Boden Hervortretende ist [1]), die herrschende gemeinrechtliche Doktrin aber zwischen Ober- und Unterirdischem nicht unterscheidet. Im Folgenden soll Bedeutung und Inhalt dieses Satzes zuerst für das römische, dann für das heutige Civilrecht untersucht werden.

## § 1. Das römische Recht.

I. Pflanzen, die sich mit dem Grund und Boden verbinden, treten in das Eigenthum des Grundeigenthümers. Aber es kommt darauf an, in welchem Entwickelungsstande die Pflanze dem Grund und Boden eingefügt wird. Samen, der ausgesäet wird, wird mit der Aussaat Eigenthum des Bodeneigenthümers. Etwas Weiteres ist hier nicht erforderlich. Vgl. § 32 I. d. R. D. 2, 1 (übereinstimmend mit l. 9 Pr. D.

1) Vgl. Ad. Schmidt in der Zeitschr. der Savigny-Stiftg. Rom. Abthlg. Bd. 11 S. 122 f.

d. A. R. D. 41,1): Qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelleguntur. Also das bloße serere genügt, ein coalescere, das erst nachfolgt, ist nicht erforderlich [1]). Dasselbe besagt l. 11 C. d. R. V. 3, 32: Si quis sciens agrum alienum sevit vel plantas imposuit, postquam eae radicibus terram fuerint amplexae, solo cedere rationis est. Auch hier wird nur für die plantae ein radicibus terram amplecti verlangt, die seges geht als solche, als Aussaat, also als Frucht, die zur Neuproduktion verwendet ist, nicht erst als neue Pflanze, auf den Grundeigenthümer über. Dieselbe Anschauung findet sich in l. 25 § 1 D. d. usur. 22, 1: et nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum suum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Die Römer denken allem Anschein nach ausschließlich an Getreide [2]), und hier ist die Annahme des Eigenthumserwerbes durch den Grundeigenthümer verständlich und verständig. Denn die Scheidung vom Grund und Boden ist hier wegen der Kleinheit der Samenkörper kaum ausführbar.

An Pflanzen, die als solche in fremden Grund und Boden gesetzt sind, erwirbt der Grundeigenthümer erst dann das Eigenthum, wenn sie eingewurzelt sind. Vgl. außer der angeführten Stelle noch l. 7 § 13 (ebenso § 31 I. d. R. D. 2, 1), l. 26 § 1 D. d. A. R. D. 41, 1, l. 5 § 3 D. d. R. V. 6, 1, l. 9 § 2 D. de damno inf. 39, 2 („nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit"). Hier ist also eine feste Verbindung mit dem Grund und Boden — die festeste, die nach Lage der Sache möglich ist — erfordert.

1) A. A. Motive zum bürgerl. Gesetzb., Bd. 3 S. 47.

2) Ueber den Begriff des frumentum siehe l. 77 D. d. V. S.

Unter welchen Umſtänden die Ausſaat oder die Einpflanzung erfolgt iſt, ob gutgläubig, ob bösgläubig, ob auf Grund eines Rechts oder ohne ein ſolches, iſt allemal unerheblich. Bloß das körperliche Moment, das Ausſäen, das Einwurzeln iſt maßgebend. Auch ein Trennungsrecht des Pflanzeneigenthümers beſteht nicht[1]).

II. Ein Gebäude, das auf fremdem Grund und Boden errichtet wird, wird Eigenthum des Grundeigenthümers. Vgl. § 29 I. d. R. D. 2, 1 (übereinſtimmend mit l. 7 § 10 D. d. A. R. D.): Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. § 30 I. eod. (übereinſtimmend mit l. 7 § 12 D. d. A. R. D.): Si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. L. 23 § 7 D. d. R. V. 6, 1: Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit. L. 81 § 3 D. de legat. I.: Qui fundum excepto aedificio legat, appellatione aedificii aut superficiem significat aut solum quoque, cui aedificium superpositum est. Si de sola superficie exceperit, nihilo minus jure legati totus fundus vindicabitur, sed exceptione doli mali posita consequetur heres id, ut sibi habitare in villa liceat: in quo inerit, ut iter quoque et actum in ea habeat etc. L. 2 D. de superf. 43, 18: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum. L. 2 § 1 C. d. R. V. 3, 32: Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet etc. L. 5 C. d. aedif. privat. 8, 10: cum aedificia quae alieno loco im-

1) Dies folgt aus dem Schlußpaſſus der l. 9 D. de impens. 25, 1.

ponuntur, solo cedant. Der Satz gilt nicht bloß von Wohnhäusern, sondern auch von Bädern, l. 50 D. ad leg. Aquil. 9, 2: Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale jus, quod superficies ad dominum soli pertinet etc., von Buden l. 32 D. d. C. E. 18, 1: Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet. Hier wird ausgesprochen, daß Buden, die auf öffentlichem Grund und Boden stehen, selber öffentlich sind, also, wenn man annimmt, daß öffentlicher Grund und Boden Staats- oder Gemeindeeigenthum ist, auch Staats- oder Gemeindeeigenthum [1]). Immer muß eine Verbindung mit dem Grund und Boden vorliegen. Daher l. 60 D. d. A. R. D. 41, 1: Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seji praedio posuit, quaeritur, uter horrei dominus sit. Respondit: secundum quae proponerentur, non esse factum Seji. Hier ist die Scheuer beweglich geblieben [2]), eine Eigenthumsveränderung hat sich deshalb nicht vollzogen. Nicht gehört l. 18 Pr. D. d. A. E. V. 19, 1 hierher: Granaria quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt. Zum Gebäude, wenn auch zum Gebäude einschließlich des Grundes und Bodens (aedes), können die granaria nur im Verhältniß des Zubehörs, nicht im Verhältniß des Bestandtheils stehen. Ruta et caesa sind nicht bloß der Gegensatz zu Accession, sondern auch zu Pertinenz [3]). Auch spricht

1) Vgl. aber auch Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. 109 Anm. 2. Gänzlich verkehrt C. A. L. Dittmar, de superficiei notione, Lips. 1810, S. 52.

2) Anders R.G. Entsch., Bd. 9 S. 169 ff.

3) Kohler in Jhering's Jahrb. Bd. 26 S. 23 Anm. 46.

Javolenus, von dem die Stelle herrührt, fortwährend nur von Pertinenzen, nicht von Beſtandtheilen, die tegulae „quae detractae sunt, ut reponerentur“ können niemals Beſtandtheile ſein.

Ein Gebäude iſt aber nichts anderes als ein Konglomerat von beweglichen Sachen, von Baumaterialien, die unter einander und mit dem Grund und Boden verbunden ſind, und ſo die neue Sache „Gebäude“ bilden. Daraus folgt, daß Beſtandtheile des Bodens nicht bloß das Gebäude im Ganzen, ſondern alles iſt, was geholfen hat, das Gebäude herzuſtellen, was, wie Windſcheid 1) ſagt, zum „Inbegriff“ des Gebäudes gehört. So die Mauerſteine (caementa), l. 39 D. d. R. V. 6, 1: Redemptores qui suis cementis aedificant, statim cementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant 2). Die Dachziegel, l. 8 D. quod vi aut cl. 43, 24: Per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii, nec ad rem pertinet, adfixae sunt an tantum positae. Eine feſte Verbindung mit dem ſonſtigen Gebäude iſt alſo nicht erforderlich, es genügt die Verwendung als Baumaterial 3). Ziegel und Säulen, l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3: Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Das Blei zur Befeſtigung der Ziegel, l. 242 § 2 D. d. V. S. 50, 16: Plumbum quod tegulis poneretur, aedificii esse ait Labeo.

1) Pandekten 1 § 188 Anm. 20.

2) Vgl. auch l. 23 § 7 eod.

3) Ueber die römiſche Ziegeldeckung giebt Auskunft Marquardt, Privatleben, 2. A., S. 637. Die Befeſtigung der Ziegel war danach eine ſehr loſe. Vgl. auch die Abbildung S. 638. Daß es nichts Seltenes war, daß Ziegel vom Winde auf die Straße geworfen wurden, ergiebt Vitruvius II, 8 § 18: „cum enim in tecto tegulae fuerint fractae aut a ventis dejectae.“

Ueberhaupt jegliches Baumaterial, l. 1 § 1 D. d. tigno juncto 47, 3: Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet. . . . Unde quidem ajunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri [1]). Denn die Anwendbarkeit der a. de tigno juncto iſt ein ſicheres Zeichen für das vom Grundeigenthümer erworbene Eigenthum. Thüren, Fenſter, l. 59 D. d. R. V. 6, 1: Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero, is qui imposuerat possetne ea vindicare. Respondit posse: nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorumdem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti; l. 19 § 4 D. loc. cond. 19, 2: Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum habeat? et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat. Mühlen, die Theile des Hauſes ſind, vgl. l. 21 D. de instr. leg. 33, 7. — Nur eine ſinngemäße Erweiterung des von Gebäuden Geltendem iſt es, wenn angenommen wird, daß das Bauwerk, das der Nachbar auf unſere Mauer, oder das Stockwerk, das er auf unſern Unterſtock ſetzt, unſer Eigenthum wird. Vgl. l. 28 D. d. A. R. D. 41, 1, l. 2 Pr. C. d. R. V. 3, 32. Ich bin eben Eigenthümer des ganzen Bauwerks und damit auch des aufgeſetzten Theiles.

1) Vgl. auch l. 7 Pr. D. ad exhib. 10, 4, l. 62 D. d. V. S. 50, 16.

Gewagt iſt es, die Auslegung, die das S. C. von 122 namentlich durch Ulpian [1]) gefunden hat, für unſere Frage zu verwerthen. Durch dieſes Geſetz wird ein Legat ſolcher Sachen für nichtig erklärt, „quae aedibus juncta sunt", was Ulpian dahin erläutert: „quod non alias praestari potest, quam ut aedibus detrahatur subducatur", eine ziemlich allgemein gehaltene Wendung. Im Einzelnen werden genannt: Säulen, Marmor, Ziegel, Balken, Thüren, in die Wände eingelaſſene Bibliotheken, Röhren, Waſſerbaſſins, „tabulae (Gemälde) adfixae et parietibus adjunctae", „singula sigilla adaequata" (Reliefs) [2]), Bildſäulen, ſowohl ſolche, die mit den Wänden verbunden ſind, als auch ſolche, bei denen dies nicht der Fall iſt (si alias existant), denn „mens senatus plenius accipienda est". Zuläſſig iſt dagegen das Vermächtniß der cancelli (Gitter zur Sicherung von Fenſtern oder Thüren), der vela, der Springbrunnen (automataria), der dazu gehörigen canthari (Aufſatzſtücke in Becherform), „per quos aquae saliunt", der letzteren beiden Dinge „maxime" (aber nicht nur [3]), „si impositicii sint" (d. h. zum Aufſetzen und Abnehmen eingerichtet). Legirt kann auch werden ein Gartenhaus (diaeta), l. 43 § 1 D. de legat. I. Die Feſtigkeit der Verbindung ſpielt bei der Unterſcheidung zwiſchen legirbaren und nichtlegirbaren Sachen anſcheinend durchaus keine Rolle. Die unlegirbaren tabulae brauchen nicht ſtärker befeſtigt zu ſein, als die automataria, die canthari, die diaeta, die legirt werden können. Und bei den Statuen ſcheint ſogar eine Befeſtigung ganz überflüſſig zu ſein. Auch ein anderes

1) l. 41 D. d. legat. I; über das Senatuskonſult vgl. vor allem Donellus, commentarii lib. 8 cap. 11 ff.

2) Ueber die sigilla vgl. Friedländer, Sittengeſch., Bd. 3 S. 192 Anm. 1.

3) Anders Kohler a. a. O. S. 26 A. 52.

unterſcheidendes Moment iſt nicht erſichtlich. Jedenfalls muß man aber zugeben, daß ein Verbot, ein Gebäude zu zerſtören, alſo eine bloße Eigenthumsbeſchränkung, eine andere Sache iſt, als die Anordnung, daß Sachen, die mit einem fremden Grundſtück verbunden werden, dem Eigenthümer verloren gehen ſollen, alſo als eine Eigenthumsaberkennung. Im zweiten Falle muß man bei der Frage nach der Tragweite des Rechtsſatzes erheblich vorſichtiger ſein als im erſten. In der l. 245 D. d. V. S. 50, 16 werden denn auch, „statuae adfixae basibus structilibus“ und „tabulae erga parietem adfixae“, alſo Gegenſtände, die unter das Senatuskonſult fallen, nicht einmal als Pertinenzen, geſchweige denn als Beſtandtheile des Hauſes anerkannt, während das „prothyrum“ (Thürvorhang), das „aedium est“, wohl legirt werden könnte (vela) [1]).

III. Als ſonſtige Objekte, die durch Verbindung mit dem Grund und Boden Beſtandtheile desſelben werden, nennen die römiſchen Quellen die Weinbergspfähle (l. 1 D. de tigno juncto 47, 3), worunter „omnia vineis necessaria“ verſtanden werden ſollen. Die Verbindung iſt hier natürlich eine ſehr loſe. Ferner maſſive, alſo gebäudeähnliche [2]) Mauern. Vgl. l. 17 D. commun. praed. 8, 4: Si precario vicinus

---

1) Vgl. auch l. 12 § 23 D. d. instr. leg. 33, 7, die freilich in der Faſſung, in der ſie vorliegt, mit l. 245 cit. kaum zu vereinigen iſt; vgl. auch Kohler a. a. O. S. 24, 25.

2) Maceria iſt eine maſſive Mauer. Cujacius (comment. in lib. VII quaest. Pap. in der Ausg. Neapel 1758, Bd. 4 Sp. 147) definirt ſie als „paries ex puris caementis, sina arenato et calce.“ Vgl. auch Forcellinus v. maceria: Maceria est paries sub dio positus — ex sicco lapide constructus. Hier wird weiter bemerkt: Ejus species enumerat Varro de re rust. 1, 14 quatuor: e lapide, ut in agro Tusculano, e lateribus coctilibus, ut in Gallico, e crudis, ut in Sabino, ex terra at lapillis compositis in formis, ut in Hispania. Ferner wird Cato, r. r. 15 allegirt Maceriam sine calce ex caementis et silice etc.

in tuo maceriam duxerit, interdicto „quod precario habet“ agi non poterit, nec maceria posita donatio servitutis perfecta intellegitur, nec utiliter intendetur jus sibi esse invito te aedificatum habere, cum aedificium soli condicionem secutum inutilem faciat intentionem[1]). Kein ſicheres Reſultat ergeben die Quellen für Waſſerleitungsanlagen. Nach den Pandektenfragmenten muß man die Acceſſion leugnen[2]). Vgl. vor allem l. 47—49 D. d. C. E. 18, 1. Si aquae ductus debeatur praedio, et jus aquae transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit, sicut et ipsae fistulae, per quas aqua ducitur, licet extra aedes sint; et quamquam jus aquae non sequatur, quod amissum est, attamen fistulae et canales dum sibi sequuntur, quasi pars aedium ad emptorem perveniunt. et ita Pomponius libro decimo putat. Hier wird deutlich anerkannt, daß eine Uebereignung von Waſſerröhren, auch wenn ſie auf fremdem Territorium liegen, zuläſſig iſt. Sie gelten als pars des herrſchenden Grundſtücks und gehen mit dieſem auf den Käufer über, auch wenn die Servitut verloren gegangen iſt, ſie alſo eigentlich zwecklos in der Erde liegen. L. 30 D. de damno inf. 39, 2: Damni infecti stipulatio pertinet etiam, si quid ejus operis, quod in fundo meo aquae ducendae causa fit, vitio damnum mihi contigerit: solet enim opus in alieno fieri, cum jure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. § 1 Utrum autem de hoc opere promittere

1) Vgl. über dieſe Stelle Cujacius l. c. Daß die Mauer hier zu den aedificia gerechnet wird, entſpricht dem, was Vitruv (I cap. 3 a. A.) unter aedificatio verſteht „Aedificatio divisa est bipartito, e quibus una est moenium et communium operum in publicis locis collocatio, altera est privatorum aedificiorum explicatio“.

2) So auch Motive z. d. Entw. eines bürg. Geſetzb., Bd. 3 S. 48.

an satisdare debeat, videamus. Moveat, quod in alieno faciat: qui autem de alieno cavet, satisdare debet, qui de suo, repromittere. Unde Labeo putabat eum, qui modulorum aut rivi faciendi causa opus faceret, etiam satisdare debere, quia in alieno solo faceret. Sed cum de opere, quod faciet, exigatur stipulatio, consequens erit dicere sufficere repromissionem: quodam modo enim de re sua cavet. Der Waſſerleitungsberechtigte kann, wenn durch ſein Werk Schaden droht, die cautio damni infecti durch bloße repromissio leiſten, was nur dem geſtattet iſt, qui de suo cavet. Dies nimmt der Juriſt auch für den Leitungsberechtigten an, obgleich die Leitung auf fremdem Grund und Boden liegt. Freilich nur „quodam modo de re sua cavet", die ganze Stellung des Eigenthümers ſcheint er alſo nicht zu haben. Dann l. 27 § 32 D. ad leg. Aquil. 9, 2: Si quis aquae ductum meum diruerit, licet cementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam. Wird es hier auch für ſicherer gehalten, dem Leitungsberechtigten nur eine a. legis Aquiliae utilis und nicht die directa des Eigenthümers zu geben, ſo wird doch ausdrücklich anerkannt, daß die Mauerſteine der Anlage Eigenthum des Servitutberechtigten ſind[1]). Daß die Juriſten in dieſen Fällen nur an ein ruhendes Eigenthum denken, das annehmen, heißt unter-, nicht auslegen. Keine Abweichung von den genannten Pandektenſtellen enthält l. 38 § 2 D. d. A. E. V. 19, 1 von Celſus: Firmus a Proculo quaesiit, si de plumbeo castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an

1) Vgl. auch Suarez de Mendoza, Commentarii ad leg. Aquil. lib. II in Meerman's Thesaurus, Bd. 2 S. 118 ad l. 29 § 1.

hae aedium essent an ut ruta caesa vincta fixaque quae aedium non essent. Ille rescripsit referre, quid acti esset. Quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem ejus esse existimemus? Wenn man auf den letzten Paſſus Gewicht legen dürfte und annehmen könnte, daß die Röhren ganz und gar vom Gebäude eingeſchloſſen ſind, ſo würde die Stelle hier nicht zu erörtern ſein. Die fistulae wären dann Baumaterial, nicht anders als Ziegel und Säulen, und dadurch Beſtandtheile des Gebäudes und folgeweiſe des Grundes und Bodens. Freilich muß man ſich dann wundern, wie Firmus zu ſeiner Anfrage, Proculus zu ſeiner Antwort („referre quid acti esset") kam. Lagen aber das plumbeum castellum und, wenigſtens zum Theil, die fistulae außerhalb des Gebäudes, ſo konnte man ſchon eher zweifeln, ob ſie zum Gebäude gehörten und deshalb als mitverkauft, oder ob ſie als vom Verkäufer vorbehalten anzuſehen waren. Proculus will die Willensmeinung der Kontrahenten entſcheiden laſſen, daraus geht hervor, daß er es für zuläſſig hält, daß jemand auf fremdem Grund und Boden Röhren und andere Leitungsanlagen zu eigen hat, und dieſe Anſicht wird von Celſus [1]) nicht als falſch bezeichnet, ſondern nur für den Fall ergänzt, daß ein beſtimmter Wille der Kontrahenten nicht erhellt. Alſo auch Celſus läßt das Acceſſionsprinzip keineswegs unbedingt entſcheiden [2]). — Gerade das Gegentheil der Pandektenfragmente ſagt nun aber eine Codexſtelle, l. 2 C. d. servit. 3, 34: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum mobilium tempore quaesiisti. Quod si ante id spatium ejus usus tibi

1) Kohler a. a. O. S. 37 Anm. 80.

2) Abweichend die Interpretation von Kohler a. a. O.

interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena, possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cujus est possessio. Das ist so klar als möglich, aber die Pandektenstellen werden dadurch doch nicht aufgehoben. Danach ist nicht erwiesen, daß die Römer auch Wasserleitungsanlagen dem Accessionsprinzip unterworfen haben.

Sicher haben sie es auch nicht bei Kloakenröhren gethan. Es ist bekannt, daß nach der Zerstörung Roms durch die Gallier die Stadt so planlos wieder aufgebaut wurde, daß die Häuser zum Theil auf den öffentlichen Kloaken zu stehen kamen (Livius 5, 55). Gewiß sind dadurch die Röhren bis zu den Grundstücksgrenzen nicht Privateigenthum geworden. Auch Privatkloaken berührten manchmal eine ganze Reihe von Grundstücken (vgl. l. 1 § 11 D. d. cloac. 43, 23). Trotzdem hat dem Kloakenberechtigten ohne Zweifel die ganze Anlage gehört. Die gegentheilige Annahme würde mit der Begünstigung, die der Kloakenberechtigte sonst vom römischen Rechte erfahren hat, schlecht zusammenstimmen.

Daß die Römer Wasserleitungs- und Kloakenröhren nicht als nothwendige Accession des Grund und Bodens angesehen haben, dafür spricht doch auch, daß sie als Accession immer nur die superficies nennen [1]), in der Erde verborgene Röhren sind aber keine Superficies [2]).

---

1) Gajus J. II § 73, l. 3 § 7 D. utl poss. 43, 17, l. 44 § 1 D. de O. e. A. 44, 7, l. 98 § 8 D. de solut. et lib. 46, 3.

2) So mit Recht Ad. Schmidt in der Savigny-Ztschr., Rom. A. Bd. 11 S. 123. Auch nach Regelsberger (Pandekten, S. 376) sollen in das Eigenthum des Grundherrn nicht fallen „die im Boden vergrabenen Sachen". Freilich fragt es sich, was Regelsberger hierunter verstanden wissen will.

IV. Aus dem zu II—III Geſagten iſt zu entnehmen, daß die Römer keineswegs alles, was mit einem fremden Grundſtück verbunden iſt, für Eigenthum des Grundſtücksbeſitzers erklärt haben, ſie haben dies nur für Gebäude und gebäudeähnliche Bauwerke nebſt allen Beſtandtheilen derſelben und für Weinbergsutenſilien gethan.

Der Zweck des Satzes liegt auf der Hand, er war aufgeſtellt zum Schutz der Bauwerke und der Weinberge. Er verhindert den Eigenthümer des Verbauten, des in den Weinberg Verwendeten durch Herausziehung ſeines Eigenthums das Gebaute, den Weinberg zu zerſtören. Doch liegen die Fälle verſchieden [1]). Wenn es der Grundeigenthümer war, der die Materialien ſeinem Boden einverleibt hat, ſo kann die Trennung nicht verlangt werden. Dafür wird dem Materialeigenthümer die a. de tigno juncto gegeben. Wenn dagegen der Materialeigenthümer ſelber eingebaut hat, ſei es als Gebrauchsberechtigter, als Pächter, Miether, Nießbraucher, ſei es als gut- oder bösgläubiger Beſitzer, ſo hat er zwar im Allgemeinen ein Trennungsrecht, aber wenn er es bei Beendigung ſeines Rechts, ſeines Beſitzes noch nicht ausgeübt hatte, ſo kann es der Grundeigenthümer durch Wertherſtattung beſeitigen [2]); überdies iſt hier vorausgeſetzt, daß die Wiederherſtellung des alten Zuſtandes möglich iſt, und die Entfernung des Eingefügten nicht bloß zur Chikane erfolgt. Die Pflicht der Wertherſtattung beſteht, wenn der Bau zu denjenigen impensae gehört, für welche Vergütung geleiſtet werden muß.

1) Vgl. die Ausführungen Kohler's a. a. O. S. 46 ff. Dort ſiehe auch über das „Repriſtinationsrecht". Ich weiß hier nichts Neues zu ſagen.

2) Es iſt nicht unzweifelhaft, ob dieſes Recht des Eigenthümers auch gegenüber dem Gebrauchsberechtigten beſteht. Dafür ſpricht indeſſen l. 9 D. de impens. 25, 1, wo es ſich um die impensae voluptuariae des Mannes für das Dotalobjekt handelt.

Im Reſultat hängt es alſo immer von der Entſcheidung des Bodeneigenthümers ab, ob der Bau beſtehen ſoll oder nicht, und hierin liegt unzweifelhaft eine erhebliche Sicherung des Baues. Daß die Römer ſich die Erhaltung von Bauwerken haben angelegen ſein laſſen, iſt aus zahlreichen anderen Beſtimmungen bekannt [1]).

## § 2. Das gemeine Recht [2]).

Im vorigen Abſchnitt iſt durch Anführung und Interpretation der direkt einſchlägigen Quellenſtellen das Material

1) Vgl. außer dem S. C. von 122 und dem ſog. S. C. Hosidianum (Bruns, Fontes 6. A. S. 190) noch insbeſondere l. 2—4 C. d. aedif. priv. 8, 10, ferner l. 2 § 17 und l. 7 D. ne quid in loc. publ. 43, 8, die die Erhaltung von Bauten auf öffentlichem Terrain ſichern, Bremer, Zur Geſchichte d. Handelsrechts u. d. Handelspolitik, 1879, S. 65 f.

2) Daß dogmatiſche Unterſuchungen über heutiges Recht unvollſtändig ſind, wenn ſie ſich nur auf ein einzelnes Recht beſchränken, ſollte h. z. T. nicht mehr verkannt werden. Ohne Rechtsvergleichung iſt nun einmal nicht mehr durchzukommen. Am wenigſten darf man ſich auf das gemeine Recht beſchränken, denn dieſes „gemeine Recht" iſt oft das in Deutſchland im kleinſten Bezirk geltende, manchmal gilt es auch gar nicht mehr. Das römiſche Pfandrecht iſt ſo ziemlich überall durch die Landesgeſetzgebung beſeitigt worden (vgl. Motive zum Entw. I Bd. 3 S. 12). Auch der Satz superf. s. c. iſt, wie wir ſehen werden, durch die preußiſche Geſetzgebung für einen großen Theil des gemeinrechtlichen Deutſchlands erheblich modifizirt worden. Ueber die Methode der Vergleichung läßt ſich ſtreiten. Mir ſcheint es gerathener, die einzelnen Rechte getrennt zu behandeln, die Verſchiedenheiten treten klarer hervor, die Gleichheiten werden nicht verdunkelt.

Im Folgenden werde ich mich auf das gemeine Recht, das preußiſche, das franzöſiſche und das engliſche beſchränken. Die anderen Rechte ſind Ableger der erſten drei, das gemeine Recht iſt zugleich das ruſſiſche, es folgt ihm das Recht der Oſtſeeprovinzen, das ſächſiſche und das ſpaniſche. Dem preußiſchen Rechte iſt das öſterreichiſche nachgebildet. Das franzöſiſche gilt überall, wo der Code civil in Kraft iſt, mit ihm ſtimmt überein das italieniſche, zum Theil das portugieſiſche. Selbſtändig iſt das privatrechtliche Geſetzb. für den Kanton Zürich. Indeſſen ſein Geltungsgebiet iſt zu klein,

zum Aufbau des heutigen gemeinen Rechts gewonnen worden. Denn das läßt ſich nicht leugnen, daß in unſerer Materie das römiſche Recht, ſo wie es das corpus juris civilis wiedergiebt, mindeſtens im Weſentlichen recipirt iſt, daß es das deutſche Recht verdrängt und ſich auch in Deutſchland nicht ſonderlich modifizirt hat.

Die Anordnung iſt im Folgenden eine etwas andere als im erſten Abſchnitt, ſie ermöglicht, Thatbeſtände zur Betrachtung heranzuziehen, für welche das römiſche Recht keine unmittelbare Entſcheidung darbietet.

## I. Gebäude und andere Anlagen auf fremdem Grund und Boden.

1) Gebäude auf fremdem Boden ſind ein Beſtandtheil desſelben und deshalb Eigenthum des Bodeneigenthümers. Das ſagt das römiſche Recht mit aller Klarheit, und ich ſehe keine Möglichkeit, dieſem Satz die Geltung im heutigen gemeinen Recht abzuſprechen. Er wird auch von der Praxis anerkannt. Entſcheidungen findet man in Seuffert's Archiv, Bd. 12 Nr. 125, Bd. 28 Nr. 202, Bd. 31 Nr. 113, Bd. 34 Nr. 277, Bd. 41 Nr. 108. Der Zweck des Gebäudes ſpielt dabei keine Rolle. Der Satz gilt ebenſowohl von Wohnhäuſern als auch von Gebäuden zu gewerblichen Zwecken, alſo von Fabriken, Brennereien, Brauereien, Schlachthäuſern, Markthallen, Lagerhäuſern, Speichern, Scheunen, Ställen, Mühlen,

als daß es ſich verlohnte, es ausführlich zu behandeln. Ich begnüge mich damit, auf die in Betracht kommenden §§ 474, 475, 478, 482, 483, 547—549 hinzuweiſen. Nicht berühren will ich kirchliche Verhältniſſe, hier iſt mit dem Civilrecht nicht auszukommen. Allerdings giebt es hier manches Intereſſante und wenig Behandelte, z. B. die Rechtsverhältniſſe der Erbbegräbniſſe, der Grabdenkmäler, des Blumenſchmucks der Gräber. Vielleicht findet ſich ſpäter einmal Gelegenheit, darauf zurückzukommen.

ebenſo von Gebäuden des öffentlichen Dienſtes, von Rathhäuſern, Gefängniſſen, Kaſernen, Kirchen, Pfarren, Unterrichtsanſtalten jeder Art, auch von Krankenhäuſern, Badeanſtalten, Muſeen, Theatern, Vergnügungslokalen, Gewächshäuſern ꝛc. In Seuffert's Archiv, Bd. 28 Nr. 202 handelt es ſich um ein Klubhaus, in Bd. 31 Nr. 113 um einen Stall, in Bd. 34 Nr. 277 um eine Scheune, in einer ſächſiſchen Sache um eine Mühle [1]).

Der Satz gilt ferner nicht bloß für Gebäude, er gilt auch für gebäudeähnliche Bauwerke. Die Mauer wird ſchon in den Quellen genannt [2]), hinzuzufügen wären etwa noch Brücken [3]), Bohlwerke und andere Waſſer- und Hafenbauten, auch Feſtungsbauten.

2) Auch auf das Material der Bauten kann nichts ankommen. Holz- und Fachwerksgebäude ſind nicht anders zu behandeln als maſſive. Aedificare wird auch im Sinne von zimmern gebraucht (vgl. l. 9 § 1 D. d. supell. leg. 33, 10, l. 46 § 2 D. d. jure fisci 49, 14). Die älteſten Bauernhäuſer in Italien waren aus Holz [4]). Die 12 Tafeln denken an Holzhäuſer, wenn ſie die Loslöſung des tignum junctum verbieten. Die tabernae, ein häufiger Gegenſtand der Superficies [5]), heißen ſo wegen des Materials, aus dem ſie beſtehen [6]), womit natürlich nicht geleugnet werden ſoll, daß

---

1) Zeitſchr. f. Rechtspfl. u. Verwaltg., Bd. 11 S. 289. Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 33.

2) Siehe oben S. 176 und Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht, 2. Aufl., S. 52.

3) Siehe Seuff. Arch., Bd. 22 Nr. 10.

4) Marquardt, Privatleben, 2. Aufl., S. 216.

5) Schmidt a. a. O., S. 133 u. Anm. 1, wozu aber auch Degenkolb, Platzr. u. Miethe, S. 110, zu vergleichen iſt.

6) Vgl Forcellinus s. h. v. Taberna ... quia olim ex tabulis compactis fiebant etc. Festus ap Paul. Diac. p. 12: Adtibernalis: habi-

die tabernae der ſpäteren Zeit meiſtentheils maſſiv geweſen ſein werden. Auch die Wohnung des Adraſtus [1]), deſſen Recht anerkanntermaßen ein ſuperficiariſches war, iſt allem Anſchein nach ein Holzhäuschen geweſen. Adraſtus bekommt als Baumaterial außer dem zur Bedachung Nothwendigen [2]) nur „tignorum vehes decem“ [3]). Für ein maſſives Gebäude wäre das zu viel Holz geweſen. Cannaba (Pavillon) wird allerdings anſcheinend der bisherige Wohnraum des Adraſtus, nicht der neue genannt [4]). Auf dieſe Benennung darf man ſich alſo für die Meinung, daß die Wärterbude des Adraſt aus Holz beſtand, nicht berufen. — Solche hölzernen Bauten werden ſelten, jedenfalls nicht immer, ein Fundament gehabt haben. Deshalb darf man es auch für das heutige Recht nicht verlangen [5]). Die Stärke der Verbindung mit dem Grund und Boden darf überhaupt keine entſcheidende Rolle ſpielen [6]). Es genügt ſelbſt eine Befeſtigung durch Ein-

---

tator continuae tabernae, quod genus domicilii antiquissimum Romanis fuisse testimonio sunt exterae gentes, quae adhuc tabulatis habitant aedificiis, unde etiam tecta castrensia, quamvis pellibus contegantur, tabernacula tamen dicuntur. Die l. 183 D. d. V. S. von Paulus iſt in der uns überkommenen Faſſung gewiß korrumpirt.

1) Bruns, Fontes, ed. 6, S. 303.

2) Ueber impensa ſiehe Rudorff, Ztſchr. f. geſch. Rechtswiſſenſch., Bd 11 S. 223, A. 3. Anders Mommſen, daſ. Bd. 15 S. 337 A. 44.

3) Siehe hierüber Rudorff a. a. O., Anm. 6.

4) So Rudorff a. a. O., S. 222; Bruns a. a. O., S. 304 A. 1; anders Mommſen, S. 337.

5) Anders Zaun im Arch. f. civ. Prax., Bd. 43 S. 213, der fordert, „daß das Gebäude mit dem Boden in eine feſte Verbindung gebracht worden iſt, vermöge deren die Fundamente desſelben in die Erde gehen und durch Mörtel mit der Sockelmauer und dem oberen Bauwerk in kontinuirlichem Verbande ſtehen“. In Anm. 9 läßt er aber von ſeiner Forderung wieder einiges ab.

6) Art. 771 des liv-, eſth- und kurländiſchen Privatrechts verlangt allerdings feſt verbundene Gebäude.

graben der Eckpfoſten; doch wird immerhin zu fordern ſein, daß die Entfernung des Bauwerks vom Grundſtück nicht ohne jede Zerſtörung oder Beſchädigung desſelben erfolgen kann. Kann das Gebäude vom Boden einfach abgehoben und auf ein anderes Grundſtück geſetzt werden, ſo kommen die legislativen Gründe des Satzes superficies solo cedit nicht in Betracht, und dann gilt er auch nicht [1]).

3) Ferner können diejenigen Bauwerke nicht als Beſtandtheile des Bodens angeſehen werden, die nur vorübergehenden Bedürfniſſen dienen, nur zu zeitweiligem Beſtande errichtet ſind. Soll das Gebäude Theil des Bodens werden und damit ſeine Schickſale theilen, ſo muß es, ebenſo wie dieſer dauernde Exiſtenz hat, ſo auch ſelber für die Dauer gegründet ſein. Es geht nicht an, daß ein Ganzes - aedes, d. h. der Boden (area) mit dem Hauſe (superficies) — aus Theilen beſteht, von denen der eine ewige Exiſtenz hat, der andere nur ephemeren Zwecken dient. Die Verbindung zweier ſo heterogener Dinge ergiebt kein einheitliches Ganze [2]). Das

---

1) Zuweitgehend aber der bei Stubenrauch, Komm. zu § 419 des öſterr. bürg. Geſetzb. citirte tractat. de jure incorpor. tit. 13 § 4: Wenn Jemand von fremdem Holzwerk etwas auf ſeinem Grund und Boden aufrichten läßt, ob er ſchon dasſelbe ungefährlich und ohne unerweislichen Irrthum thut, jedoch daß ſolches Gebäude ohne ſonderen Schaden wiederum abzubrechen, und da der Holzherr ſein Holz wiederbegehrt, ſoll ihm dasſelbe erfolgen.

2) Dagegen energiſch, aber nicht überzeugend Wächter, Superficiar- od. Platzr., S. 221. Wie hier auch ſächſ. bürg. Geſetzb. § 284: Wird mit einer unbeweglichen Sache eine bewegliche Sache dergeſtalt verbunden, daß ſie ein Beſtandtheil der erſteren wird, ſo erwirbt der Eigenthümer der unbeweglichen Sache das Eigenthum an dem Beſtandtheile durch die Verbindung, ausgenommen, wenn die Verbindung zu einem bloß vorübergehenden Zwecke von einem dazu berechtigten Anderen vorgenommen worden iſt. — Hierüber gut Grützmann, Lehrb. d. ſächſ. Privatr., Bd. 1 (Leipz. 1887), S. 207 und Anm. 5, wo er Wächter treffend erwidert. Wenn G. (S. 389) auch dem Superficiar das Eigenthum an dem von

entſpricht auch dem römiſchen Recht. In Rom ſind ſolche temporäre Bauten namentlich für Feſtlichkeiten errichtet worden. Die erſten Theater und Amphitheater waren ausſchließlich temporäre Bauten. Wenn ſpäter auch dauernde Theater errichtet wurden, ſo hat doch ihre Zahl dem Bedürfniſſe nie genügt. Nach Vitruv (5, 5) wurden „multa theatra Romae quotannis facta“. Dieſe temporären Bauten, die an den verſchiedenſten Stellen aufgeſchlagen wurden, ſind gewiß immer Eigenthum des Bauherrn geblieben, des Spielmagiſtrats, des das Begräbniß oder die ſonſtige Feſtlichkeit Ausrichtenden. Die Bauherren verfügen gänzlich frei über ihr Werk, ſie reißen es ein [1]), ſie verändern es, und in nichts weicht ihr Verhalten von dem anderer Eigenthümer ab. Quellenſtellen, die auch temporäre Bauten dem Acceſſionsprinzip unterwerfen, exiſtiren nicht [2]).

Als Beiſpiele des heutigen Lebens nenne ich zunächſt diejenigen Bauwerke, die von vornherein zum Transport eingerichtet ſind, ſo die verſendbaren Baracken für die Kriegskrankenpflege [3]); ferner Zelte zu Wohnzwecken ohne Unterſchied, ob ſie ſtets, wie von Zigeunern, oder vorübergehend — etwa im Manöver — benutzt werden. Dann Baulichkeiten von

---

ihm oder dem Grundeigenthümer errichteten Gebäude giebt, ſo iſt das nicht unbedenklich. Freilich kann ſich G. auf die ältere ſächſiſche Doktrin berufen (daſ. S. 397 Anm. 5, 6). Allerdings denkt das ſächſ. Geſetzb. nur an die Verbindung durch einen anderen als den Grundherrn, den praktiſch allerdings wichtigſten Fall. — Eine bleibende Verbindung fordert auch der Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuches für Bayern, Art. 144, 145.

1) Vgl. Plinius, Hist. nat. 36, 24 bei der Beſchreibung des drehbaren Theaters des C. Curio.

2) l. 55 § 1 D. loc. cond. 19, 2, die Wächter a. a. O. allegirt, iſt natürlich belanglos.

3) Vgl. J. zur Nieden, Zerlegbare Häuſer, Berlin 1889, wo auf die Bedeutung zerlegbarer Häuſer für andere als Krankenzwecke aufmerkſam gemacht wird. Ueber die Art der Befeſtigung im Boden ſiehe S. 34 f.

Perſonen, die ihr Gewerbe umherziehend betreiben: den Cirkus einer Kunſtreitergeſellſchaft, Menagerien und andere Schaubuden. Weiter Bauten zu vorübergehenden Bedürfniſſen, man denke an die oft ſehr umfangreichen Anlagen für Schützen- und Turnfeſte, Jahrmärkte und andere Feſtivitäten, namentlich an die großen Hallen, die hier mitunter zu verſchiedenen Zwecken errichtet werden. Die Römer dürften uns freilich in dieſen Bauten noch übertroffen haben[1]). Einem nur vorübergehenden Bedürfniſſe dienen auch Nothbrücken, Bauzäune und Baubuden. Letztere ſind oft — insbeſondere bei größeren Bauten, z. B. bei Kirchenbauten — maſſiv und fundamentirt. Auch Scheunen werden mitunter nur auf Zeit, insbeſondere für den Fall einer beſonders reichen Ernte errichtet[2]). Weiter ſind Ausſtellungsgebäude hier anzuführen. Soweit ſie freilich auf die Dauer errichtet ſind, d. h. nach Schließung der Ausſtellung weiterbeſtehen ſollen, gehören ſie nicht hierher. Soweit ſie aber nur für die Zeit der Ausſtellung erbaut ſind, ſind ſie nicht als Acceſſion des Grundes und Bodens anzuſehen. Die entgegengeſetzte Meinung — ſie vertritt auch Kohler[3]) — führt zu praktiſch unangemeſſenen Reſultaten. Wenn auf fremdem Grund und Boden mit Erlaubniß des Eigenthümers Lokalitäten errichtet werden, ſo entſteht eine Superficies nur dann, wenn die Ueberlaſſung der Bodenbenutzung für immer

1) Das Theater, das M. Scaurus während ſeiner Aedilität errichtete, nennt Plinius (Hist. nat. 36, 24) das größte Werk, das jemals Menſchenhände ins Leben gerufen haben, ein Werk, das nicht für eine zeitweilige Dauer, ſondern für die Ewigkeit beſtimmt ſchien. Gewiß rechtfertigt ſeine Beſchreibung dieſes Urtheil. Jedenfalls wird es fundamentirt geweſen ſein. — An derſelben Stelle ſchildert Plinius auch das drehbare Holztheater des C. Curio.

2) Beſchreibungen findet man in Engel's Handb. des landwirthſchaftlichen Bauweſens, S. 161 ff.

3) a. a. O. S. 32.

oder wenigſtens für eine verhältnißmäßig lange Zeit erfolgt. Vgl. l. 1 § 3 D. de superf. 43, 18, l. 3 D. si ager vect. 6, 3. Legt man nun auch einer vorübergehenden Verbindung des Gebäudes mit dem Grund und Boden die Wirkung bei, daß der Bodeneigenthümer Eigenthümer des Gebäudes wird, ſo ſteht der Erbauer ungemein ungünſtig, da er jedes dinglichen Schutzes entbehrt. Der Bodeneigenthümer aber wird dieſen Schutz nicht häufig freiwillig in Anſpruch nehmen, da er ein viel zu geringes Intereſſe an der Erhaltung des Gebäudes hat. Der bloß poſſeſſoriſche Schutz aber, den man dem Erbauer allerdings zubilligen kann, iſt nicht durchweg ausreichend. Da iſt es denn gewiß zweckmäßiger, den Erbauer als das anzuerkennen, wofür er ſich ſelber hält, d. h. als Eigenthümer ſeines Baues. — Auch Badeanſtalten ſind theils Acceſſion des Grundes und Bodens, theils ſelbſtändige Objekte. Letzteres iſt dann der Fall, wenn ſie nur während der guten Jahreszeit aufgeſtellt, im Herbſt aber wieder abgebrochen werden, wie dies bei Seebadeanſtalten die Regel iſt. — Dagegen ſpricht der Umſtand, daß der Boden nur precario überlaſſen iſt, nicht gegen die Beſtandtheilseigenſchaft der darauf errichteten Anlage. Sie kann ſehr wohl auch hier für die Dauer errichtet ſein [1]). Dasſelbe gilt, wenn ein Pächter oder ſonſtiger Gebrauchsberechtigter den Bau herſtellt. Wenn freilich von vornherein ausgemacht iſt, der Pächter ſolle das Gebäude nur für die Dauer ſeines Rechts errichten dürfen, nach Beendigung desſelben aber wieder abreißen, ſo bleibt es Eigenthum des Pächters [2]).

Die Feſtigkeit der Verbindung ſpielt auch hier prinzipiell

---

1) Anders Zeitſchr. f. Geſetzg. u. Rechtspflege des Kgr. Bayern, Bd. 8 S. 74, aber vgl. l. 17 D. comm. praed. (oben S. 176).

2) So auch Zaun a. a. O. S. 214, vielleicht Sintenis, Civilr. I § 50 N. 31. Dagegen Koſſka in Gruchot's Beitr., Bd. 27 S. 95.

keine Rolle [1]). Auch fundamentirte temporäre Gebäude fallen nicht unter das Acceſſionsprinzip. Ich ſage: „prinzipiell keine Rolle“. Denn daß Gebäude, die dauernd an dem Platze bleiben ſollen, an welchen ſie geſtellt ſind, im Allgemeinen feſter mit dem Boden verbunden ſein werden, als ſolche, welche nur für ein Schützenfeſt errichtet ſind, iſt natürlich zuzugeben [2]). Bei den für vorübergehende Bedürfniſſe hergeſtellten Bauten wird namentlich auch auf die Wiederverwerthung des Gebäudes im Ganzen Rückſicht genommen. Bei der Konſtruktion von Ausſtellungsbauten iſt dieſe Rückſichtnahme geradezu von entſcheidender Bedeutung [3]).

4) Für den Grundeigenthümer iſt es praktiſch ziemlich gleichgültig, ob er Eigenthümer des fremden Hauſes iſt oder nicht. Denn praktiſchen Nutzen hat er von dem Eigenthum nicht. Hat ein Anderer auf unſerem Boden mit unſerer Zuſtimmung gebaut, ſo entſteht, wenn die Fläche für immer oder für lange Zeit überlaſſen iſt, eine Superficies. Ein höchſt merkwürdiges Inſtitut. Der Erbauer hat ſeine Materialien verwendet, mit ſeinem Gelde ſind die Arbeiter bezahlt worden, der Grundherr hat keinerlei Auslagen gehabt, im Gegentheil, er bekommt einen Bodenzins, trotzdem wird er Eigenthümer des Gebäudes, der Erbauer büßt ſein Eigenthum ein. Aber

1) Ein zu großes Gewicht legt hierauf Regelsberger, Pandekten, S. 376: „die Verbindung in äußerlich erkennbarer Weiſe nicht auf die Dauer berechnet.“

2) Daß h. z. T. auch die feſteſte Verbindung die Bewegbarkeit des Gebäudes nicht völlig ausſchließt, kann man aus einer Notiz in No. 62 der Zeitung des Vereins Deutſcher Eiſenbahn-Verwaltungen, Jahrg. 1894 erſehen, wonach ein Bahnhofsgebäude in New-York um mehr als 15 m nach Weſten gerückt worden iſt. Es handelte ſich um einen Backſteinbau von etwa 48 m Länge und 10,6 m Tiefe, der einen 24 m hohen quadratiſchen Thurm von 5,8 m Seitenlänge hatte. Das Gewicht des Thurms allein betrug 500 t, das des übrigen Bauwerks 1200 t.

3) Vgl. Baukunde des Architekt., Thl. 2 S. 650.

materiell bleibt dieſer wieder Eigenthümer des Gebäudes, uneingeſchränkt kann er es nutzen, es verpfänden und veräußern, nach Einigen [1]) ſelbſt abbrechen und die Baumaterialien für ſich behalten. Was ſoll da das Eigentum des Grundherrn, hat es irgend einen Sinn? Das Recht ſoll doch reale Intereſſen ſchützen, und das intenſiveſte aller Rechte — wenigſtens vom römiſchen Standpunkte aus — das Eigenthum, darf doch nicht zu einer bloßen Form ohne jeden, auch den geringſten Inhalt, zu einem bloßen Konſtruktionsmittel werden. Ein Nichtjuriſt wird das nie verſtehen. Und das iſt bedenklich. Denn die Rechtsanſchauungen des Volkes und des Verkehrs ſind nun einmal unſere erſten und beſten Korrektive [2]). Indeſſen ich habe bereits betont, daß ich keine Möglichkeit ſehe, dem Grundeigenthümer das Gebäudeeigenthum abzuerkennen. — Wenn ein gutgläubiger oder ein bösgläubiger Beſitzer unſeres Grundſtücks auf ihm gebaut hat, ſo werden wir ebenfalls Eigenthümer des Hauſes. Aber auch von dieſem Eigenthum haben wir nicht allzuviel. Gehört der Bau zu den Impenſen, für die Erſatz verlangt werden kann, ſo müſſen wir ihn bezahlen; gehört er nicht dazu, und bezahlen wir nicht etwa freiwillig, ſo kann ihn der Erbauer einfach fortnehmen. — Hat ein Pächter oder Nießbraucher gebaut, ſo kann er während der Dauer ſeines Gebrauchsrechts jederzeit das jus tollendi ausüben; iſt ſeine Zeit abgelaufen, ſo kann der Grundherr ſich zwar den Bau durch Werthersatz erhalten, leiſtet er dieſen Werthersatz aber nicht, ſo kann der Gebrauchsberechtigte wiederum das Gebaute beſeitigen. Ueberall iſt die Poſition

1) Windſcheid, Pandekten I § 223 Anm. 4.

2) Beherzigenswerth auch Kuntze, Die Kojengenoſſenſch. und d. Geſchoßeigenth. (Leipz. 1888), S. 75. Die Superficies nennt er ein etwas monſtröſes Gebilde, dem durch die herrſchende Doktrin künſtlich neuer Lebensodem eingeblaſen werde. Vgl. auch Coviello, Della superficie, Arch. giurid., Bd. 49 S. 115.

des Erbauers eine erheblich günstigere als die des Eigenthümers.

5) Wenn man im Auge behält, eine wie geringe praktische Bedeutung das Eigenthum des Grundherrn am fremden Gebäude hat, wie es eigentlich nur durch den Respekt vor dem überkommenen Recht gestützt wird, dem lebendigen Rechtsbewußtsein aber fremd ist, so hat man allen Grund, ihm da, wo man es irgendwie kann, die Anerkennung zu versagen. Nun hat sich kraft lokalen Gewohnheitsrechts ein selbständiges Eigenthum an einem Stockwerk, auch an einzelnen Räumlichkeiten eines Stockwerks erhalten, und ich sehe in der That nicht ein, warum man diesem sog. Geschoßeigenthum, das der natürlichen Auffassung doch mehr entspricht, als der römische Satz, nicht als geltendes — wenn auch partikulares — Recht anerkennen will.

Die Praxis ist dem Stockwerkseigenthum auch überwiegend günstig. In Württemberg hat man geschwankt. Frühere Entscheidungen des vormaligen Obertribunals Stuttgart (Seuff. Arch. Bd. 18 Nr. 242) haben das Stockwerkseigenthum geleugnet, ein Plenarbeschluß des Civilsenats (das. Bd. 24 Nr. 239) hat sich dann aber dafür entschieden, „daß ein in Württemberg bestehendes Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, nach welchem Gebäude auch in anderer als vertikaler Richtung dem Eigenthum nach getheilt werden können" [1]). Auch ein Erkenntniß des Oberlandesgerichts Stuttgart (das. Bd. 47 Nr. 107) hat diesen Brauch anerkannt, wenn auch nicht als einen zweckmäßigen. Ebenso haben die bayerischen Gerichte sich für die Zulässigkeit der Horizontaltheilung ausgesprochen [2]).

1) Näher gerechtfertigt von v. Krauß, Württ. Arch. f. R. und Rsverwaltg., Bd. 12 S. 329 ff., bekämpft von Mandry, das. Bd. 13 S. 193 ff. — Vgl. auch Seuff. Arch., Bd. 24 Nr. 299.

2) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 21 Nr. 99, Bd. 36 Nr. 106 (für das Ansbacher Provinzialrecht), Bd. 46 Nr. 85, Hauser, Zeitschr. f. Reichs- und

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern hat sich dem angeschlossen (vgl. Art. 212, 213), und die Motive hierzu (S. 71) bemerken, daß bei der weniger bemittelten Einwohnerklasse häufig ein Theileigenthum mehrerer Personen nach Stockwerken oder nach einzelnen Wohnungsräumen vorkomme. Dergleichen Rechtsverhältnisse, wenn auch nach den allgemeinen Rechtsbegriffen nicht wohl zu konstruiren und anomal, könnten als in der Rechtssitte und in lokalen Bedürfnissen begründet, auch keinem öffentlichen Interesse widerstreitend weder verboten, noch ignorirt werden. Das O.A.G. Lübeck hat wenigstens in einer Frankfurter Sache das besondere Eigenthum an einer Schirne anerkannt, über und unter der sich das Haus befand. Allerdings ist es dabei dahingestellt geblieben, ob dieses Eigenthum identisch mit dem römischen dominium ist[1]). Für Sachsen-Meiningen bezeugt den Rechtssatz Heimbach[2]), für Schleswig Roth[3]). Dagegen ist er für Hessen und für Braunschweig von der Praxis verworfen worden[4]). Der hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (Abth. II Art. 97—101) hat dann aber das Stockwerkseigenthum anerkannt.

Auch in der Theorie ist man jetzt wohl im Großen und Ganzen darüber einig, daß das Geschoßeigenthum als partikularrechtliche Bildung anerkannt werden muß. Es steht dann auch nichts im Wege, mit Kuntze[5]) ein Eigenthum an Theilen

Landesr., Bd. 4 S. 202, wo sich der Herausgeber gegen die Ansicht des obersten Gerichtshofes erklärt, Roth, Bayer. Civilr., Bd. 2 S. 56 f. § 120.

1) Seuff. Archiv, Bd. 9 Nr. 264.

2) In Weiske's Rslexik., Bd. 9 S. 498 Note 201.

3) Bayer. Civilr., Bd. 2 S. 57 Note 36.

4) Vgl. Seuff. Archiv, Bd. 14 Nr. 10 (O.A.G. Cassel) u. Bd. 34 Nr. 10 (Ob.Trib. z. Berlin), Bd. 37 Nr. 97 (O.L.G. Braunschweig). — Ueber die ausdrückliche Beseitigung des Satzes durch einige Partikulargesetzgebungen siehe Motive zum bürg. Gesetzb., Bd. 3 S. 46 Note 1.

5) a. a. O. S. 79.

der Horizontalſchicht anzunehmen, z. B. „an Keller- und Bodenräumen, Wohnzimmern, Betriebsgewölben, Werkſtätten, Logen in einem Theater, Niederlagen im Keller oder Hof, Ausſichtsräumen in einem Thurme". Aber „ſie müſſen deutlich und dauernd geſchieden und mit beſonderem Zugange verſehen ſein"

6) Ferner bezieht ſich der römiſche Satz nur auf Gebäude und gebäudeähnliche Bauwerke, nicht auf andere mechaniſche Verbindungen. Die römiſchen Stellen verpflichten uns nicht darüber hinauszugehen, und innere Gründe ſprechen für eine ausdehnende Interpretation gewiß nicht [1]). Schlimmſten Falls läßt ſich hier ein entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht vertheidigen. Soweit es ſich um Anlagen handelt, die nur für vorübergehende Bedürfniſſe errichtet ſind, beſteht kein Zweifel. Denn was für Gebäude ſolcher Art gilt, das muß von ſonſtigen Anlagen erſt recht gelten. Daher ſind nicht Acceſſionen Flaggenſtangen, Triumphbögen, Zuſchauertribünen bei Einholungs- und ähnlichen Feierlichkeiten; Karuſſels, Schaukeln auf Jahrmärkten, in öffentlichen Biergärten; Gerüſte, die beim Bau oder bei der Reparatur eines Gebäudes errichtet werden ꝛc.

Aber auch dauernde Kohärentien des Grundes und Bodens, die nicht Gebäude oder gebäudeähnliche Bauwerke ſind, werden nicht Beſtandtheile desſelben [2]). So nicht Gas- und Waſſerleitungsröhren. Ich denke hier vorzugsweiſe an die Anlagen von privaten Erwerbsgeſellſchaften auf öffentlichem Grund und Boden. Gas- und Waſſerleitungsröhren auf privatem Boden zu Gunſten des Grundeigenthümers gehen in der Regel vertragsmäßig in das Eigenthum des Grund-

1) Anders Zann a. a. O. Anm. 9. Weiter geht der heſſ. Entw. Abth. II Art. 42—44: dem Gebäude wird das „Werk" gleichgeſetzt.

2) Auch nach dem ſpaniſchen codigo civil iſt dies nicht nothwendig anzunehmen. Art. 234: cuando por el contrario se edifica en terreno ajeno etc.

herrn über, machen also keine Schwierigkeiten. Aber auf dem öffentlichen Boden bleiben sie, und was sonst noch von der Gesellschaft dem Boden eingefügt wurde, Eigenthum der Gesellschaft; Eigenthum der Gasgesellschaft bleiben namentlich auch die Straßenlaternen [1]). Zufällig ist mir eine Anzahl von Kontrakten bekannt, die die Imperial Continental Gas Association mit Gemeinden über die Beleuchtung ihrer Straßen abgeschlossen hat. Sie sind, wie das bei derartigen Geschäften immer der Fall ist, nach feststehendem Formular abgefaßt, und deshalb sind die hier in Betracht kommenden Bestimmungen in allen im Wesentlichen gleichlautend. Sie besagen, daß die ganzen Einrichtungen der öffentlichen Beleuchtung Eigenthum der Gesellschaft bleiben sollen und deshalb nach Ablauf des Kontraktes ohne weiteres aus dem Boden herausgenommen werden dürfen. Doch wird der Gemeinde in der Regel das Recht eingeräumt, die Röhren, Laternen und Kandelaber zum Taxpreise zu erwerben, und der Gesellschaft das Recht, die Röhren auch nach Ablauf des Vertrages behufs Versorgung von Privatgrundstücken oder von hinterliegenden Ortschaften mit Gas im Boden liegen zu lassen. In einem Falle wird als einmaliger Zuschuß zu den Kosten der Rohranlage eine größere Summe bezahlt, „ohne dadurch ein Anrecht an das Rohrnetz zu erlangen", „à fonds perdu". Ob die Verträge für gemeinrechtliches Gebiet abgeschlossen werden — die Gesellschaft hat auch Anstalten in Hannover und Frankfurt — oder für Berlin, macht für die Fassung der Verträge nichts aus, obgleich der Satz, daß das mit dem Boden Verbundene Bestandtheil desselben wird, nur für das gemeine, nicht für das preußische Recht aufgestellt wird [2]). Man sieht daraus, daß

1) Laternen von Privaten, z. B. zu Reklamezwecken, wie man sie vielfach in den Straßen der Großstädte findet, sind nicht anders zu behandeln.

2) Vgl. unten.

dieſer Satz auch den für das gemeinrechtliche Gebiet abgeſchloſſenen Verträgen nicht zu Grunde liegt. Die Verträge über Legung von elektriſchen Kabeln ſollen nach Mittheilungen von maßgebender Seite mit den Verträgen über Gasbeleuchtung im Weſentlichen gleichlautend ſein. Auch hier geht die Rechtsanſicht der Intereſſenten dahin, daß das Eigenthum an den Kabeln, an den elektriſchen Laternen ꝛc. der Geſellſchaft verbleibt. Die Geſellſchaft — Gas-, Waſſerleitungs-, Elektrizitätsgeſellſchaft — erſetzt die Anlagen ohne weiteres durch andere, z. B. die Röhren durch ſolche von größerem Durchmeſſer, nimmt Reparaturen vor und verfügt überhaupt ſo, wie nur ein Eigenthümer verfügen kann. Die Gemeinde dagegen enthält ſich jeder Einwirkung auf die Anlage; ja wenn Arbeiten an und in den Straßen vorgenommen werden müſſen, die die Einrichtungen der betreffenden Geſellſchaft berühren, ſo benachrichtigt ſie zwar dieſe, aber Vorkehrungen zur Sicherung ihrer Anlagen zu treffen, iſt „alleinige Sache" der Geſellſchaft. Natürlich wird eine Gas-, Waſſerleitungs- oder elektriſche Anlage einer Privatgeſellſchaft auch nicht im Lagerbuche oder dem ſonſtigen Vermögensverzeichniſſe der Gemeinde aufgeführt, wodurch dokumentirt wird, daß ſie eben nicht Vermögen der Gemeinde iſt. Iſt es da nicht eine Ungereimtheit, trotz alledem die Gemeinde für die Eigenthümerin zu erklären und der Geſellſchaft das Eigenthum abzuſprechen?

Was einer Privatgeſellſchaft recht iſt, muß dem Staate billig ſein. Darum ſind die ober- und die unterirdiſchen Telegraphen- und Telephonanlagen des Staates nicht Acceſſion des Grundes und Bodens, auch nicht die Rohrpoſteinrichtungen. Der Herr Juſtitiar des Reichspoſtamtes hat mir verſichert, daß noch niemand auf die Idee gekommen ſei, die poſtaliſchen Anlagen könnten einem Anderen gehören als eben der Poſt.

Dasſelbe gilt von Eiſenbahnanlagen. Handelt es

ſich um Eiſenbahnen, die ſelbſtändige öffentliche Straßen ſind, ſo entſtehen keine Schwierigkeiten. Bodeneigenthümer und Anlageneigenthümer ſind mit einander identiſch. Höchſtens wird hier fremder Boden zur Anbringung von Barrieren und Warnungstafeln (Halt! wenn die Barriere geſchloſſen iſt) in Anſpruch genommen. Acceſſion tritt dann nicht ein. Nur fremden Boden benutzen dagegen die ſog. Straßenbahnen: Dampfbahnen, Pferdebahnen, elektriſche Bahnen. Die ganze Anlage bleibt dann Eigenthum des Unternehmers, wird nicht Eigenthum des Straßeneigenthümers: die Schienen, die Weichen, die Haltestellen-Anzeiger, ich möchte auch die Wartehallen nicht ausnehmen, da die Anlage doch als etwas Einheitliches anzuſehen iſt [1]). Von dem Verhältniß der beiden Theile zu den Bahneinrichtungen gilt alles das, was oben über Gas-, Waſſerleitungs- und Elektrizitätsanlagen geſagt worden iſt. Die Centralverwaltung für Sekundärbahnen in Firma Herm. Bachſtein giebt mir freundlichſt die Auskunft, daß ſie ſich als Eigenthümerin ihres Oberbaues in allen Ländern gemeinen Rechts

1) Für das Eigenthum des Unternehmers am Schienenwege auch Hilſe in Wallmann's Zeitſchr. f. preuß. R., Bd 4 S 193 ff. und in ſeinem vielfach belehrenden Handb. der Straßenbahnkunde, Bd. 1 (1892) S. 179. Freilich geht er zu weit, wenn er meint: „Nach heutiger Rechtsauffaſſung wird vielmehr Jeder, welcher auf fremdem Boden für ſich, ſei es nun redlicher oder unredlicher Weiſe, einen ſelbſtändigen Bau errichtet hat, durch deſſen Ausführung Eigenthümer des Baues." Wie Hilſe: Odl. Huber, Das Tramwayr. (Zür. 1889), S. 157, auch er nicht ohne bedenkliche Argumente, denn gewiß iſt es für das gemeine Recht nicht richtig, daß der Satz accessorium sequitur principale nur eine Rechtsvermuthung iſt. — Die praktiſche Bedeutung der Frage liegt vor allem in dem Einſpruchsrechte des Unternehmers gegen das Befahren der Geleiſe durch Andere. Hierüber ſiehe Hilſe a. a O., Handb. § 65 ff. Ein lehrreicher Fall in Stammler's Pandektenprakt., § 17 Nr. 45. Wenn das bei Hilſe, Handb. S. 180 Anm. 3 citirte Urtheil des Reichsgerichts vom 31. V. 1888 eine Entſcheidung des Stammler'ſchen Thatbeſtandes iſt, ſo iſt es ſchwerlich richtig. — Ueber italieniſche Fälle ſiehe unten.

anſehe und als ſolche ohne ausdrückliche Abrede angeſehen werde. Dieſe Firma beſitzt Lokalbahnen in Mecklenburg, Thüringen, im Großherzogthum und in der Provinz Heſſen, aber auch in Baden und in der Umgebung Berlins. Sie wird in allen dieſen Gebieten in gleicher Weiſe behandelt, der Satz superficies solo cedit alſo ignorirt. Das ſteht in Uebereinſtimmung mit dem preußiſchen Geſetz über die Kleinbahnen vom 28. VII. 1892, welches für den ganzen Umfang der Monarchie, auch für die gemeinrechtlichen Gebietstheile, gilt. § 26 beſtimmt hier für den Fall des Erlöſchens der Berechtigung des Bahnunternehmers: Mangels anderweiter Vereinbarung hat der Wegeunterhaltungspflichtige die Wahl, die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes, nöthigenfalls unter Beſeitigung in den Weg eingebauter Theile der Bahnanlage, oder gegen angemeſſene Entſchädigung den Uebergang der letzteren in ſein Eigenthum zu verlangen. Macht der Unterhaltungspflichtige von dem erſteren Rechte Gebrauch, ſo geht das Eigenthum der zurückgelaſſenen Theile auf den Unterhaltungspflichtigen unentgeltlich über.

Nicht Acceſſion des Bodens ſind weiter Tunnels; zwar ſind ſie Bauwerke, aber wenigſtens keine Superficies, und es kann keine Rede davon ſein, daß ſolch ein koſtſpieliger Bau Eigenthum des Beſitzers einer Bergmatte iſt [1]). Dasſelbe gilt von Untergrundbahnen. Daß Anlagen eines Bergbautreibenden nicht Eigenthum des Eigenthümers der Erdoberfläche ſind, wird wohl allgemein zugegeben werden. Als weitere Beiſpiele wären etwa noch zu nennen: die Anſchlagſäulen — in Berlin ſind ſie fundamentirt —, Feuermelder, Uhren und Wetterhäuschen, die auf öffentlichen Plätzen aufgeſtellt ſind, Bildſäulen und andere Denkmäler [2]), Brunnen- und Fontänen-

1) Vgl. Knutze a. a. O. S. 69, 70.

2) Aus l. 41 D. d. A. R. D. 41, 1, einer Stelle, die nicht leicht zu erklären iſt, geht wenigſtens ſo viel hervor, daß die Statuen, die in civitate

anlagen, Tiſche, Bänke, Turngeräthe, die in den Erdboden eingelaſſen ſind, auch das Straßenmaterial ſelber.

7) Sind die Kohärentien des Bodens Immobilien oder Mobilien? Soweit ſie Acceſſion des Bodens ſind, ſind ſie unzweifelhaft als Theile deſſelben Immobilien. Hierüber dürfte Uebereinſtimmung herrſchen. Soweit ſie nicht Acceſſion ſind, kommt es darauf an, ob ſie für die Dauer mit dem Boden verbunden ſind, oder nur zu vorübergehenden Zwecken und Bedürfniſſen. Im erſten Falle ſind ſie ebenfalls unbewegliche, im letzten aber bewegliche Sachen [1]).

Allerdings iſt die Unterſcheidung praktiſch ohne ſonderliche Bedeutung. Mobilien werden durch Tradition übereignet, nur als Fauſtpfand verpfändet, die Zwangsvollſtreckung in ſie erfolgt nach der Civilprozeßordnung. Wenn daher z. B. eine Schaubude oder eine nur während der guten Jahreszeit beſtehende Badeanſtalt übereignet werden ſoll, ſo geſchieht dies durch Tradition, der eine zieht aus, der andere zieht ein, damit iſt der Eigenthumsübergang vollendet. Auch die Zwangsvollſtreckung macht keine Schwierigkeiten. Eine freiwillige Verpfändung iſt dagegen unmöglich. Denn der Verpfänder kann beim beſten Willen nicht den Gewahrſam dem Pfandgläubiger abtreten, ſonſt wird ihm die ganze Anlage werthlos, auf andere Weiſe aber iſt nach dem Einführungsgeſetz zur Konkurs-Ordnung und nach den meiſten Landesgeſetzgebungen ein Pfandrecht nicht zu begründen. Indeſſen iſt das ein Schickſal, das der Kreditbedürftige mit manchem anderen Mobilienbeſitzer

aufgeſtellt ſind, nicht Eigenthum der cives werden. Die Sache macht h. z. T. praktiſch keine Schwierigkeiten, da ſolche Denkmäler der Gemeinde übergeben zu werden pflegen, wodurch ſie dann in das Eigenthum der Gemeinde, oder wie man ihr Recht an den öffentlichen Anlagen ſonſt nennen will, treten.

1) Vgl. Hilſe, Straßenbahnkunde, Bd. 1 § 64 S. 178, Huber, Tramwayr., S. 158; anders Kohler a. a. O. S. 69, 70.

theilt, und allenfalls kann er ſich mit einer Sicherungsübereignung durch constitutum possessorium helfen.

Die Eigenthümer von Immobilien, die nicht Beſtandtheil des Bodens ſind, werden aber nicht anders behandelt. Denn eine Uebereignung durch Auflaſſung und Eintragung im Grundbuche iſt natürlich nur bei ſolchen Immobilien denkbar, für welche Grundbücher beſtehen. Das iſt aber bei den in Rede ſtehenden Immobilien — mit Ausnahme der Bergwerke — regelmäßig nicht der Fall [1]). Nach den preußiſchen Grundbuchgeſetzen vom 5. V. 1872, die auch im größten Theil des gemeinrechtlichen Preußens gelten, ſind eintragungsfähig nur ſelbſtändige Grundſtücke, Bergwerke und ſelbſtändige Gerechtigkeiten, für welche bereits Grundbuchblätter eingerichtet ſind. Andere Immobilien ſind nach wie vor durch Tradition zu übertragen [2]). Für die Verpfändung und die Zwangsvollſtreckung [3]) gilt Entſprechendes. Die in Rede ſtehenden Immobilien gehören alſo

1) Auch dann nicht, wenn eine Superficies vorliegt. Zwar wäre ſie durch ein Eigenthum des Superficiars am Eingefügten nicht ausgeſchloſſen. Aber ein ſelbſtändiges Grundbuchblatt kann ſie nur dann beanſpruchen, wenn ſie und nicht das Recht des Eigenthümers als die Hauptſache erſcheint, „wenn ſie die geſamte Raumſphäre des fremden Grundſtücks einnimmt“ (Dernburg, Preuß. Privatr., Bd. I. § 289, 5. A. S. 714). In den oben genannten Verhältniſſen iſt das nicht der Fall. — Im § 1 der Oldenburgiſchen Geſetze vom 3.IV. 1876, die mit den preußiſchen Geſetzen im Weſentlichen identiſch ſind, wird als Eigenthum angeſehen „das vererbliche und veräußerliche Nutzungsrecht an einem auf fremdem Grund und Boden ſtehenden Gebäude“. Es erhält ein beſonderes Grundbuchblatt. Grundbücher über Gerechtigkeiten werden nicht geführt. Vgl. noch § 7 des Geſetzes über das Grundbuchweſen in d. Provinz Hannover vom 28. V. 1873: Im Falle des getheilten Eigenthums iſt unter dem Eigenthümer und dem Eigenthum der Untereigenthümer und das Untereigenthum zu verſtehen.

2) Vgl. Turnau, Kommentar zu § 1 der Grdb.O., Anm. 4 (Thl. I, 3. A. S. 20), auch zu § 3 Anm. 4 (S. 29).

3) Vgl. preuß. Geſ. v 13. VII. 1883 betr. die Zwangsvollſtr. in d. unbewegliche Vermögen, § 1.

für die Zwangsvollſtreckung zum beweglichen Vermögen (C.P.O. Buch VIII Abſchn. 2 Titel 1).

Das iſt freilich für die Kreditfähigkeit der hier in Betracht kommenden Unternehmungen nicht günſtig. Weniger werden noch Gas-, Waſſerleitungs-, Elektrizitätsgeſellſchaften davon getroffen. Hier kann den Gläubigern in den zu dem Unternehmen nothwendigen Grundſtücken, ohne welche auch der Beſitz der Röhren, Kabel ꝛc. werthlos iſt, eine genügende Sicherheit geboten werden. Viel ungünſtiger ſtehen dagegen Eiſenbahn-, insbeſondere Straßeneiſenbahn-Unternehmungen. Sehr mit Recht führt Gleim an, daß die ſog. Prioritätsobligationen der Eiſenbahnen, auch wenn in den Emiſſionsbedingungen eine Verpfändung der Eiſenbahn ausgeſprochen ſein ſollte, einer jeden realen Sicherheit entbehren [1]). Das Reichsgeſetz vom 3. V. 1886 (R.G.Bl. S. 131), welches die Fahrbetriebsmittel der Eiſenbahnen der Pfändung entzieht, hat die Kreditfähigkeit der Eiſenbahnen natürlich nicht gehoben. Eine Abhilfe wollte ein in der Hauptſache gewiß zweckentſprechender preußiſcher Geſetzentwurf [2]) ſchaffen, nach welchem die geſammten einem Privateiſenbahn-Unternehmen gewidmeten Vermögenswerthe eine Einheit (Bahneinheit) bilden und ein Gegenſtand des unbeweglichen Vermögens ſein ſollten. Dieſe Bahneinheiten ſollten im Weſentlichen wie Grundſtücke behandelt werden, es ſollten über ſie — wenn auch nur auf Antrag des Unternehmers — Bahngrundbücher geführt werden, Auflaſſung, Verpfändung (Hypothek und Grundſchuld), Zwangsvollſtreckung

1) Zeitſchr. f. Kleinbahnen, Bd. 1 S. 121, ebenſo Hilſe, Straßenbahnkunde, § 69 S. 195.

2) Vgl. darüber Gleim a. a. O. Dort auch Mittheilungen über die entſprechende Geſetzgebung in Oeſterreich, Ungarn, der Schweiz, und über frühere Verſuche in Deutſchland. In Oeſterreich gilt das Geſetz vom 19. V. 1874 (R.G.Bl. Nr. 707).

ſollten ſich nach den für Grundſtücke geltenden Beſtimmungen richten. Der Entwurf iſt indeſſen nicht zur Verabſchiedung gelangt.

Schließlich möchte ich noch bemerken, daß, wenn das preußiſche Eigs.-Erw.-Geſetz vom 5. V. 1872 § 30 für die Hypothek nur diejenigen auf dem Grundſtück errichteten Gebäude haften läßt, welche dem Grundeigenthümer gehören, dies auch für den gemeinrechtlichen Bezirk des Geſetzes Bedeutung hat. Trotz des Satzes aedificium solo cedit muß man annehmen, daß die von einem Anderen befugter Weiſe errichteten Gebäude nicht haften [1]). Wir kämen ſonſt zu einer Verſchiedenheit des Hypothekenrechts je nach den Rechtsgebieten des preußiſchen Staates, während die geſetzgeberiſche Abſicht doch gerade darauf ging, ein in der ganzen Monarchie einheitliches Hypothekenrecht herzuſtellen. Damit iſt das Prinzip superficies solo cedit in einer ſehr wichtigen Richtung durchbrochen.

8) Das Recht, welches für Weinbergspfähle gilt [2]), haben die Römer, ſo viel ſich ſehen läßt, nicht auf analoge Dinge ausgedehnt, auf Utenſilien der Obſtkultur, des Gartenbaues, der Baumſchulen. Es liegt kein Grund vor, römiſcher zu ſein, als die Römer ſelber [3]).

9) Auch in Bezug auf das für Samen und Pflanzungen geltende Recht iſt bei den römiſchen Grundſätzen ſtehen zu bleiben. Die ſich durch Samen fortpflanzenden Gewächſe fallen mit der Ausſaat, andere mit der Einwurzelung dem Bodeneigenthümer zu [4]). Bei den erſteren darf zwiſchen

1) Vgl. v. Beaulieu-Marconnay, Das Grundbuchr. des Herzogthums Oldenburg (1876), S. 38; Turnau, Grdb.O. zu § 30 des Eig.-Erw.-Geſ. (3. A. S. 692).

2) Oben S. 176.

3) Eine kleine Erweiterung bei Kohler a. a. O. S. 36.

4) Vgl. auch ſächſ. bürg. Geſetzb. § 285: Samen wird mit der Handlung des Säens, Pflanzen und Bäume werden, wenn ſie Wurzel ge-

Getreide und anderen Produkten kein Unterſchied gemacht werden. Dieſe vegetabiliſchen Verbindungen unterliegen dem Acceſſionsprinzip auch dann, wenn ſie nur vorübergehenden Zwecken dienen. Der Eigenthumserwerb des Grundherrn beruht hier nicht allein auf der Einwurzelung des Gewächſes, alſo auf der Verbindung mit dem Boden, ſondern auch darauf, daß es mit der fremden Erde ernährt wurde [1]), es liegt ein aus Acceſſion und Spezifikation gemiſchter Eigenthumserwerb vor. Für dieſen iſt es aber natürlich gleichgültig, ob die Einpflanzung zu dauerndem Beſtande oder nur zu vorübergehendem Zwecke erfolgt, die Erde ernährt die Pflanze auch im letzten Falle.

## II. Material in fremdem Bauwerk.

1) Das einem fremden Bauwerke einverleibte Material wird zum Beſtandtheil desſelben und damit Eigenthum des Eigenthümers des Bauwerkes. Aber was iſt Material? Die Frage iſt identiſch mit der, was zur Subſtanz eines Bauwerks gehört, und l. 21 D. d. instr. leg. 33, 7 (oben S. 174) beantwortet ſie dahin, daß das Mobile als Theil des Hauſes erſcheinen müſſe. Darin liegt ein Doppeltes: etwas Aeußerliches, eine körperliche Verbindung, und etwas Innerliches, eine innere Verbindung, d. h. das Mobile muß zur Herſtellung und Vollendung des Gebäudes dienen, zu ſeinem Inbegriffe gehören, ſo daß das Gebäude ohne das Mobile unfertig, un-

faßt haben, Beſtandtheil des Grundſtücks. Liv-, eſth- u. kurländ. Privr., Art. 777, 782. Anders Entw. eines bürg. Geſetzb. f. Bayern, Art. 102 und Motive hierzu.

1) Anders ſächſ. bürg. Geſetzb. § 284 (oben S. 186 Anm. 2) und Motive hierzu bei Siebenhaar, Kommentar (2. A. S. 293); Hoffmann, Kaden, Scheele, Das bürg. Geſetzb. f. d. Kgr. Sachſen, zu §§ 284—287 Z. 4; Arch. f. civilr. Entſcheidungen der K. Sächſ. Juſtizbehörden, 1876, S. 536.

vollſtändig iſt [1]). Das erſte Moment iſt das weniger wichtige, eine Verbindung muß vorhanden ſein, aber daß ſie nicht beſonders feſt zu ſein braucht, lehrt die Behandlung der römiſchen tegulae (oben S. 173). Auch h. z. T. iſt es nicht anders. Die Bedachung iſt auch bei uns nicht immer ſehr feſt. Legſchindeln die in den Hochgebirgen zur Deckung der

1) Vgl. auch l. 139 § 1 D. d. V. S. 50, 16: „Perfecisse" aedificium is videtur, qui ita consummavit, ut jam in usu esse possit. L. 1 § 1 D. d. tigno juncto 47, 3 verb. „ceteraque si qua aedificiis sunt utilia". Vgl. Degenkalb, Platzr. u. Miethe, S. 114: „Unzweifelhaft giebt es keine Zugehörigkeit ohne alle mechaniſche Kohärenz, allein ſie iſt nicht das einzige Kriterium; mit ihr und zum Theil über ihr gilt die Rückſicht auf die rechtliche Beſtimmung. Hierauf beruht die Möglichkeit der servitus oneris ferendi, welche, vom Geſichtspunkte der Kohärenz als ausſchließlichen Entſcheidungsgrundes betrachtet, zum Miteigenthum beider Hauseigenthümer an dem tignum oder doch zu deſſen Angehörigkeit an beide Häuſer hinführen müßte."

Im Prinzip richtig, aber zu eng iſt Haffmann, Kaden, Scheele, a. a. O. zu § 218. Die Motive zu § 65 des ſächſ. Geſetzb. (in Siebenhaar's Komm., 2. A. S. 108) ſagen, daß ſich die Beſtandtheile von der Sache ſelbſt nicht geſondert denken laſſen, „weil das Begriffsganze der Sache in dem beſtimmten Zwecke beruht, welchem alle zuſammengehörigen Beſtandtheile dauernd dienen ſollen"; ſie verweiſen auf das „uno spiritu" der l. 23 § 5 D. d. R. V. 6, 1 und auf die l. 76 D. d. judic. 5, 1. Das iſt ganz ſchön, aber mit der Exemplifikation der Motive kann man ſich nicht durchweg einverſtanden erklären. Vgl. zu § 68. Blitzableiter ſollen danach Beſtandtheile ſein. Das dürfte zutreffen (anders Regelsberger, Pand., S. 392). Dagegen faſt kein Zweifel möglich ſein, daß bloßes Zubehör ſind: Klingelzüge, Parquetfußböden, Krippen, Statuen auf Dächern und Mauern. Demgemäß iſt einem Parquetfußboden auch in der Praxis die Beſtandtheilseigenſchaft abgeſprochen worden (Arch. f. civilr. Entſcheidungen der K. Sächſ. Juſtizbehörden, 1882, S. 445). Die Oefen eines Hauſes werden im Geſetze ſelber (§ 88) für bloßes Zubehör erklärt. Entſprechend iſt auch entſchieden worden (a. a. O. 1879, S. 18). Für richtig kann keine der beiden Entſcheidungen gehalten werden. Vgl. noch Motive zum bürg. Geſetzb. f. d. Deutſche R., Bd. 3 S. 44.

Der ſpaniſche codigo civil art. 232 erwähnt nur „piedra, ladrillos, madera". Daß der Eigenthumserwerb durch den Bauenden nur für eigentliche Baumaterialien gelten ſoll, braucht man hieraus nicht zu folgern.

Bauernhäuſer verwendet werden, werden einfach durch langgeſtreckte Bohlſtämme und aufgelegte große Steine feſtgehalten. Schaarſchindeln werden auf einer Lattung in einander geſchoben und mittelſt Nägeln befeſtigt. Ziegel werden nur auf die Dachplatte mit der Naſe aufgehängt und dann über einander gelegt. Beſonders empfohlen wird von fachmänniſcher Seite eine Dachdeckung mit engliſchem Schiefer ohne Nagelung nach einem Syſtem Manduit und Bechet. Hier werden Drahthaken aus Kupfer verwendet, welche mit dem oberen Ende auf die Latte aufgehängt werden und in dem unteren hakenförmigen Ende die Platte aufnehmen. Als Vorzug dieſer Methode wird namentlich gerühmt, daß jeder einzelne Stein mit Leichtigkeit entfernt und durch einen anderen erſetzt werden kann. „Man braucht nur den Drahthaken aufzubiegen, nach Entfernung des ſchadhaften Steines einen neuen einzuſchieben und dem Haken ſodann ſeine frühere Geſtalt wiederzugeben“ [1]). Das zur Bedachung verwendete Material iſt alſo mitunter ſehr loſe befeſtigt, niemand wird bezweifeln, daß es trotzdem Beſtandtheil des Gebäudes iſt. Nicht anders verhält es ſich mit Thür- und Fenſtergriffen, die gemeinhin abſchraubbar ſind, mit Rolljalouſien vor unſeren Fenſtern, mit Zimmer- und Ofenthüren, die einfach eingehängt ſind [2]) u. ſ. w. Aber irgend eine Verbindung muß allerdings immer vorhanden ſein. Darum ſind namentlich die Schlüſſel nicht Beſtandtheile des Gebäudes [3]).

Von ſehr viel größerer Bedeutung iſt das innere Verhältniß zwiſchen Mobile und Immobile. Für die Frage, ob gemäß dieſes inneren Verhältniſſes das Mobile als Beſtand-

1) Engel, Handb. des landwirthſch. Bauweſens, S. 135, Gottgetreu, Lehrb. der Hochbau-Konſtruktion, Bd. 2 (Berlin 1882) S. 302 ff.

2) Vgl. Seuff. Arch., Bd. 39 Nr. 9 (R.G.).

3) Vgl. Kohler a. a. O. S. 40.

theil des Gebäudes anzusehen ist, ist die Art und die Bestimmung des Gebäudes von entscheidendster Bedeutung. Für das städtische Wohngebäude gilt etwas anderes als für ein Bauernhaus, für die Kirche etwas anderes als für das Theater, für die Schule etwas anderes als für die Fabrik und das Schlachthaus.

Die in der Judikatur am meisten behandelte Frage ist hier die, inwieweit Maschinen als Bestandtheile des Gebäudes anzusehen sind. Die gemeinrechtliche Praxis hat hier im Allgemeinen keine glückliche Hand gehabt. Sie legt ein zu ausschließliches Gewicht auf die Stärke und Festigkeit der körperlichen Verbindung mit dem Gebäude und berücksichtigt die hier in erster Linie maßgebenden inneren Momente nicht genügend [1]). Nach dem Reichsgericht [2]) muß die eingefügte Sache durch die Verbindung ihre selbständige Existenz verloren haben und integrirender Theil der anderen geworden, in ihr aufgegangen sein. Wenn daher als einziges Zeichen der Wegnahme der Maschine außer „der nicht in Betracht kommenden Zerstörung des Cementverbandes lediglich die Nägel und Schraubenlöcher in dem Holzwerk der Maschine wahrzunehmen gewesen sind, so erscheint das Moment derjenigen festen und bleibenden Verbindung, wie sie für eine zum Eigenthumserwerb führende Inädifikation zu fordern ist, in Frage gestellt". Auch das frühere O.A.G. Rostock [3]) legt in einer allerdings

1) Derselbe Vorwurf trifft die herrschende Theorie. Mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmend ist dagegen Regelsberger, Pandekten, § 102 S. 392: „Es kommt vielmehr darauf an, ob die bauliche Einrichtung eines Hauses derart auf die Einfügung einer solchen Maschine berechnet ist, daß das Haus ohne sie eine Lücke aufweist. Wo das zutrifft, bildet die Maschine einen Bestandtheil des Gebäudes."

2) Seuff. Arch., Bd. 39 Nr. 6, Bd. 48 Nr. 170, Entscheidungen, Bd. 20 S. 203.

3) Seuff. Arch., Bd. 17 Nr. 207. Das O.L.G. Rostock hat an der Rechtsansicht seines Vorgängers festgehalten. Vgl. Seuff. Arch., Bd. 44 Nr. 164.

Digitized by Google

ſorgfältigen und nicht unintereſſanten Entſcheidung auf die Feſtigkeit der Verbindung ein übertriebenes Gewicht. Das Urtheil ſelber iſt richtig, denn der Deſtillirapparat und der kupferne Keſſel, um den es ſich handelte, war einem Wohnhauſe eingefügt, und auch in den Gründen findet ſich neben manchem Falſchen auch Zutreffendes, ſo der Satz: „Integrirender Beſtandtheil eines Hauſes (res, ex quibus aedes constant) iſt das zur Vollendung desſelben Verwendete.“ Das O.A.G. München hat ſich in zwei Erkenntniſſen [1]) auf den hier bekämpften Standpunkt geſtellt. Es will Acceſſion nur dann annehmen, wenn die bewegliche Sache als Baumaterial in die unbewegliche völlig aufgeht, ohne Zerſtörung der letzteren von dieſer nicht getrennt werden kann. Daß einzelne Maſchinentheile mit dem Gebäude in feſte Verbindung gekommen waren, iſt nach der Anſicht des O.A.G. unerheblich, denn ihr ſelbſtändiges Beſtehen als Maſchinen ſei ihnen hierdurch nicht verloren gegangen, ſie ſeien hierdurch nicht bloße Theile des Gebäudes ſelbſt geworden: „Auch der Umſtand ändert an der Sache nichts, daß die Einfügung und Lostrennung Veränderung am Mauerwerk der Gebäude erfordert, die Herausnahme und Wiedereinſetzung einzelner Mauerſteine, weil hierdurch die Mauer in ihrem Beſtande nicht verändert wird. Die Abtrennung ſolcher feſtgemachter Maſchinentheile beſchädigt das Maſchinengebäude nicht, ſondern hat nur auf deſſen momentane Beſtimmung Einfluß.“

Zutreffend dagegen ſind die landrechtlichen Entſcheidungen des Reichsgerichts [2]). Sie ſind unbedenklich an dieſer Stelle zu verwerthen, da der landrechtliche Beſtandtheilsbegriff von

1) Seuff. Arch., Bd. 19 Nr. 5 und 6, ähnlich das O.A.G. Dresden in der Zeitſchr. f. Rechtspfl. und Verwaltung, Bd. 16 S. 266.

2) Entſcheidungen, Bd. 2 S. 251, Bd. 26 S. 343, Gruchot's Beiträge, Bd. 30 S. 846.

dem gemeinrechtlichen nicht abweicht. Das Reichsgericht betont dies ausdrücklich [1]). In diesen Erkenntnissen wird ausgeführt, daß es für die Unterscheidung zwischen Substanztheilen und Pertinenzen nicht sowohl auf die Befestigungsart als auf den Zustand und die Bedeutung des Ganzen im Verkehr ankomme. Maßgebend sei, ob Gebäude und Maschinen eine einheitliche Sache bildeten, ob das Grundstück erst durch Einfügung der Maschinen zu derjenigen Sache geworden, zu der es bestimmt sei, nämlich zu einem Fabriketablissement, ob dasselbe durch die Entfernung der Maschinen dieser seiner Bestimmung wieder entzogen und auf den Standpunkt eines bloßen Grundstücks zurückversetzt werden würde.

Es kommt allerdings immer auf die Umstände des Einzelfalles an. Ist lediglich ein Gebäude mit hohen luftigen Sälen gebaut, die man zur Aufstellung von Maschinen zwar benutzen kann, aber ebenso gut auch als Arbeitsraum für Blumenmacherinnen, als Lagerplatz, als Fest- oder Restaurationslokal, so sind die hineingebrachten und noch so stark befestigten Maschinen niemals Bestandtheile [2]). Denn hier fehlt das oben geforderte innere Verhältniß zwischen Mobile und Immobile. Letzteres ist auch ohne die Maschinen vollkommen fertig. Das Gegentheil ist auf den ersten Blick klar, z. B. bei immobilen Krahnen, etwa beim Dampfkrahn im Hafen von Hamburg gegenüber der Gasanstalt und beim hydraulischen Krahn des Arsenals von Spezia, obgleich die Befestigung einzelner Krahntheile, etwa der Lastketten, keine sehr starke ist. Ferner bei einem Dampfhammer, bei Glashütten, Gasanstalten, Hochöfen, bei sog. Weichenthürmen (auch Stellwerksbuden genannt) hinsichtlich der darin befindlichen Stellwerke. Hier liegt die

1) Gruchot's Beiträge a. a. O.
2) Vgl. auch R.G. in Seuff. Arch., Bd. 47 Nr. 181.

Digitized by Google

Einheitlichkeit von Gebäude und maſchinellen Einrichtungen, die das Reichsgericht verlangt, auf der Hand. Aber ebenſo iſt es auch bei Mühlen. Das Schaufelrad einer Waſſermühle wird Jedermann als Beſtandtheil anerkennen. Von der Säge im Innern muß dasſelbe gelten. Ohne ſie iſt die Mühle genau ebenſo unvollſtändig wie ohne Schaufelrad [1]). Von Dampfmühlen gilt natürlich nichts anderes. Und ſo iſt es mit den allermeiſten unſerer heutigen Fabriken. Die Maſchinen ſind da eigentlich die Hauptſache, und das Gebäude wird durchaus den Maſchinen angepaßt und auf ſie zugeſchnitten.

Entſprechendes gilt von gewerblichen Gebäuden ohne maſchinelle Einrichtungen. Bei den Bädern z. B. wird man als Beſtandtheile außer den Waſſerleitungsröhren und -hähnen auch die befeſtigten Badewannen, insbeſondere die halb verſenkten [2]), anzuſehen haben, bei Hühnerſtällen die Sitzſtangen, bei den Trockenſchuppen der Ziegeleien die darin befindlichen Gerüſte, bei Theatern die an den Dielen befeſtigten Sitze, den Bühnenvorhang, bei Bahnhöfen die Billetſchalter ꝛc.

2) Die innere Verbindung fehlt dann, wenn das Mobile dem Gebäude nicht zu dauernder Kohärenz eingefügt iſt, ſondern nur zu temporärem Beſtande, zu vorübergehenden Zwecken und Bedürfniſſen [3]). Denn offenbar kann das nicht

1) Die Entſch des O.A.G. Dresden in d. Zeitſchr. f. Rechtspfl. u. Verw., Bd. 11 S. 289 u. Bd. 16 S. 266 rechnen zu den Beſtandtheilen der Mühle nur das „gehende und treibende Zeug" derſelben. In einem anderen Falle (daſ. Bd. 15 S 183) hat dasſelbe Gericht zwar das Treibwerk, aber nicht die Maſchinen einer Zwirn- und Bandfabrik für Beſtandtheile des Gebäudes erklärt. Durch das Treibwerk wurde „eine neue und beſondere Art der Benutzung des Gebäudes als Fabrikgebäude möglich gemacht".

2) Vgl. Baukunde d. Architekten, Thl. 2 S. 822 und die Abbildungen S. 821; RG., Bd. 2 S. 253.

3) Vgl. auch ſächſ. bürg. Geſetzb. § 284 (oben S. 186), Motive zum bürg. Geſetzb. f. d. Deutſche Reich, Bd. 3 S. 44.

zur Vollendung des Gebäudes dienen, was nur zeitweilig damit verbunden ist. Accession tritt dann nicht ein. Belege für das Gesagte findet man in Menge bei jedem Gange durch die Straßen der Großstadt. Einige Beobachtungen will ich mittheilen, die Verbindung ist hier nicht immer nur temporär, aber immer nur äußerlich, der innere Zusammenhang mit dem Bauwerk, die Einheit des Zwecks und der Bestimmung fehlt.

Nicht Gebäudetheile sind im Allgemeinen Gewerbeabzeichen, die man häufig an den Häusern angebracht sieht, der goldene Zuckerhut des Kolonialwaarenhändlers, der Handschuh des Handschuhmachers, der Schlüssel des Schlossers, der Stiefel des Schusters, die Uhr des Uhrmachers, das bunte Glasfenster des Glasers, die Barbierbecken des Barbiers. Ob diese Gewerbeabzeichen dem Eigenthümer des Hauses gehören oder einem Miether, ist dabei gleichgültig. Auch im ersten Falle ist die Verbindung von Haus und Gewerbe der Regel nach eine rein zufällige, das Gebäude kein für den Gewerbebetrieb besonders eingerichtetes. Die körperliche Verbindung mit dem Hause ist oft eine recht feste, z. B. durch weit in die Wand hineingreifende Anker hergestellt. Dem Gewerbeabzeichen steht gleich das königliche oder herzogliche Wappen des Hoflieferanten, das an der Straßenfront prangt, vielleicht in Gemeinschaft mit der Abbildung einiger Preismedaillen von Welt- oder geringeren Ausstellungen. Auch die mannigfachen Schilder an den Häusern sind nicht Bestandtheile derselben, obgleich sie oft wegen ihrer Schwere stark befestigt sind. Dasselbe gilt von den Inschriften an der Straßenfront. Auch sie haben der Regel nach nur temporäre Bedeutung, doch kann im Einzelfall auch das Gegentheil wahr sein, man denke an eine Inschrift, die die Bestimmung und den Namen eines öffentlichen Bauwerks angiebt. Auch aufgeklebte Plakate sind keine Bestandtheile des Bauwerks. Die Verbindung ist hier so eng wie nur möglich. Die Tren-

nung ist ohne Vernichtung des Plakats kaum zu bewerkstelligen. Aber das Bauwerk ist auch ohne Plakate vollendet, das Plakat dient zur Verunstaltung, nicht zur Vollendung des Bauwerks. Das wird praktisch, wenn der Anschlag beschädigt wird. Der Eigenthümer des Hauses, der Mauer ꝛc. wird regelmäßig kein Interesse haben, die Sache civil- oder strafrechtlich zu verfolgen. Der aber, der an der Erhaltung ein Interesse hat, nämlich der, der den Anschlag gemacht hat, kann die Verfolgung nicht aufnehmen, da er — nach Ansicht der herrschenden Meinung — durch die innige Verbindung des Papiers mit dem Bau sein Eigenthum verloren hat, und infolge dessen weder die a. legis Aquiliae anstrengen, noch den Strafantrag wegen Sachbeschädigung stellen kann. Das ist aber gewiß unerfreulich und dem Rechtsbewußtsein widersprechend. Dem, der allein an der Erhaltung der Sache ein Interesse hat, muß auch das Recht die Stellung gewähren, in der er für diese Erhaltung sorgen kann.

Nicht Bestandtheile des Gebäudes sind ferner solche Gegenstände, die die Obrigkeit — der Staat oder die Gemeinde — im öffentlichen Interesse an den Häusern anbringt. Hierhin gehören die Postbriefkasten, die wenigstens in Berlin mit der Mauer so eng verbunden sind, daß sie ohne erhebliche Beschädigung der letzteren nicht von ihr getrennt werden können. Dahin gehören Tafeln, die die nächste Feuermeldestelle oder die Straßennamen angeben; ferner die Telephongerüste auf den Dächern. Auch sie stehen in keinem inneren Zusammenhange mit dem Gebäude, sie dienen nicht ihm, sondern dem allgemeinen Interesse, ihre Verbindung mit dem Bau ist keine nothwendige, sie könnten ebenso gut auf dem Nachbarhause aufgestellt werden. Auch hier ist aber eine starke Befestigung erforderlich und vorhanden. Zweifelhafter liegt die Sache, wenn eine Gedächtnißtafel oder ein anderes Erinnerungszeichen

von der Stadt oder von Patrioten an dem Hauſe angebracht wird, in dem ein berühmter Mann gewohnt hat, eine berühmte That vollbracht iſt [1]). Ein innerer Zuſammenhang zwiſchen Mobile und Immobile iſt hier nicht in Abrede zu ſtellen, die Tafel kann nur hier angebracht werden, an jedem anderen Platze iſt ſie zweck- und bedeutungslos. Aber Beſtandtheil des Hauſes wird ſie dennoch der Regel nach nicht, ſie dient nicht zur Vollendung des Hauſes, das Haus iſt auch ohne ſie fertig. Anders iſt nur dann zu entſcheiden, wenn das Gebäude zur Aufnahme der Tafel beſonders eingerichtet iſt, ſei es von vornherein, ſei es durch einen Umbau. Denn dann iſt das Haus ohne die Tafel allerdings unvollſtändig, letztere ſomit Subſtanztheil.

Die Frage, welche Einfügungen Beſtandtheile des Gebäudes werden, wird vor allem dann praktiſch, wenn der Miether oder ein ſonſtiger Gebrauchsberechtigter der Einfügende geweſen iſt. Was dieſer dann nur für ſeine perſönlichen Zwecke, für die Dauer ſeines Verweilens in der Miethſache mit ihr verbindet, bleibt ſein Eigenthum. Was er zu dauernder Kohärenz dem Hauſe einfügt, wird Eigenthum des Hausherrn. Die Feſtigkeit der Verbindung iſt auch hier ohne rechtliche Bedeutung. Natürlich wird das, was der Miether nur für ſeine Zwecke und Bedürfniſſe dem Gebäude inkorporirt, in der Regel weniger ſtark befeſtigt ſein, als das, was dauernd mit dem Hauſe verbunden bleiben ſoll. Bei den erſtgenannten Gegenſtänden muß von vornherein darauf Rückſicht genommen werden, daß ſie mit Leichtigkeit wieder abgelöſt werden können. Aber eigentlich entſcheidend iſt auch hier die innere Verbindung, die Einheit von Mobile und Immobile. Daß Bilder, Spiegel,

1) Ein lehrreicher Fall in Stammler's Pandektenpraktikum § 39 Nr. 7.

Wandbretter, Portieren und Gardinen nebſt den Stangen dazu, daß Hängelampen und Kronleuchter mit den Anſchlußrohren durch Verbindung mit dem Gebäude nicht Beſtandtheile desſelben werden, wird nicht bezweifelt[1]). Auch die eingeſchlagenen Haken und Nägel ſelber bleiben Eigenthum des Miethers. Sie werden nur vernünftiger Weiſe regelmäßig derelinquirt. Ebenſo wenig werden Maſchinen und ſonſtige Vorrichtungen, die der Miether zu den Zwecken ſeines Gewerbes im Hauſe anbringen läßt, Beſtandtheile desſelben[2]), ſollte die Verbindung auch noch ſo feſt ſein, etwa in einer Einmauerung beſtehen. Anders iſt es dagegen z. B. wenn der Miether in der Wohnung Gas ziehen läßt. Daß hier die Verbindung zu dauerndem Beſtande erfolgt, geht daraus hervor, daß der Miether die Röhren in anderen Wohnungen regelmäßig gar nicht verwenden kann. Die Wiederablöſung iſt alſo für ihn ohne jeden Werth. Ebenſo verhält es ſich mit Zwiſchenwänden, mit Fenſtern und Thüren[3]). Bei Oefen wird es ſehr auf den Einzelfall ankommen. Hat der Miether einen Kachelofen ſetzen laſſen, ſo wird man die Acceſſion annehmen können; ſeine Entfernung und Wiederaufrichtung würde unverhältnißmäßige Koſten verurſachen, daher muß er als zu dauernder Kohärenz beſtimmt angeſehen werden. Bei eiſernen Oefen iſt die entgegengeſetzte Anſicht die richtige. Immer wird das vom Gebrauchsberechtigten Eingefügte dann Beſtandtheil, wenn es zum Erſatze eines urſprünglichen Beſtandtheils dient. So, wenn der Miether ein Zimmer neu tapezirt, ein zerbrochenes Fenſterglas durch ein anderes, den Kachelofen durch einen Anthracitofen erſetzt hat. Er hat das Gebäude unvollſtändig gemacht, er macht es jetzt wieder vollſtändig[4]).

1) Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 32.

2) So richtig R.G. bei Gruchot, Bd. 30 S. 849.

3) l. 59 D. d. R. V. 6, 1, l. 19 § 4 D. loc. cond. 19, 2 (oben S. 174).

4) Zu weit iſt in der Annahme eines Sondereigenthums des Miethers

3) Unter welchen Umständen die Einfügung geschieht, ist für den Eigenthumserwerb des Gebäudeeigenthümers gleichgültig, von Bedeutung aber für das Trennungsrecht des Materialeigenthümers.

a) Die Verbindung erfolgt durch den Eigenthümer des Hauses. Entweder weiß er hier, daß die Materialien ihm nicht gehören — sei es, daß er mit Einwilligung des Materialeigenthümers handelt, sei es, daß er dolos verfährt — oder er hält die Materialien für die seinen. Ein Trennungsrecht besteht in allen diesen Fällen nicht.

b) Die Verbindung wird durch den Eigenthümer des Materials bewirkt. Auch hier sind wieder verschiedene Fälle möglich. Entweder ist er gut- oder bösgläubiger Besitzer des Gebäudes, oder er ist Gebrauchsberechtigter desselben, oder er ist Lieferant des Mobiles und fügt es dem Hause im Einverständniß mit dem Eigenthümer ein. Ueber das Trennungsrecht in den beiden ersten Fällen ist bereits oben (S. 181) gehandelt worden. Im dritten Falle ist es ausgeschlossen, auch ein Eigenthumsvorbehalt des Materialeigenthümers ist ohne Wirkung[1]). Es bedarf der besonderen Vereinbarung eines Trennungsrechts[2]).

---

der österreich. oberste Gerichtshof gegangen. Er hat es nicht nur an einem Dampfkessel anerkannt, der in ein gemiethetes Fabrikgebäude eingemauert war, an der Armatur hierzu, den Gasröhren und -Apparaten (Sammlung Nr. 1462), sondern auch an einem vom Miether gesetzten Sparherde (Nr. 5605), an einer Gangthür und an zwei Oefen (Nr. 4646). Die Gangthür und ein Ofen waren sogar vom Vorgänger des Miethers eingefügt und dem neuen Miether verkauft worden, die Einfügung war also gewiß auf die Dauer erfolgt.

1) Vgl. die citirten Reichsgerichts-Entscheidungen in Seuff. Arch., Bd. 39 Nr. 6 u. Bd. 48 Nr. 170, ferner in Gruchot's Beitr., Bd. 35 S. 894, und in Wallmann's Zeitschr. f. preuß. R., Bd. 4 S. 359, Entsch. vom 28. II. 1884 (in diesen beiden Fällen preuß. R.). Kaum richtig R.G. in Wallmann's Zeitschr., Bd. 4 S. 359, Entsch. vom 30. IV. 1884 (ebenfalls preuß. R.).

2) Auch diese wird in einer bei Zaun (a. a. O., S. 306 ff.) mit-

c) Es wird fremdes Material mit einem fremden Hauſe verbunden. Auch hier ſteht ein Trennungsrecht nicht zu. Bei Einfügungen, die nicht Beſtandtheile werden, beſteht dagegen ein Trennungsrecht immer. Es bedarf einer Vereinbarung, um es auszuſchließen.

4) Aus welchem Material das Gebäude hergeſtellt wird, iſt bedeutungslos. Es braucht ſich nicht um ein Steinhaus zu handeln, es genügt auch ein Fachwerkhaus, ein Blockhaus, ein Haus aus Cement, aus Wellblech, ein Gartenhaus, ein Gewächshaus.

Da mit dem Boden dauernd verbundene Gebäude Beſtandtheile des Bodens ſind, ſo werden auch die Kohärentien des Gebäudes Beſtandtheile des Bodens und damit Eigenthum des Bodeneigenthümers. Doch wird der Satz, daß das mit dem Gebäude Verbundene — verbunden in dem Sinne einer körperlichen und inneren Verbindung — Eigenthum des Gebäudeeigenthümers iſt, auch dann gelten müſſen, wenn das Gebäude nicht Eigenthum des Grundherrn iſt, alſo für die nur temporären Zwecken dienenden Gebäude (oben S. 186). Die Römer machen keine Ausnahme, und die Ratio iſt in beiden Fällen dieſelbe. Dieſe Gebäude werden alſo, obwohl bewegliche Sachen, in dieſer Richtung nicht als bewegliche Sachen zu behandeln ſein[1]).

Der Satz muß aber auch für diejenigen mit dem Boden verbundenen Anlagen gelten, die nicht Gebäude ſind (oben S. 194). Die Quellen ſchweigen, und die Frage hatte für die Römer, die keine Bahnanlagen und kein beſonderes Bergrecht kannten,

---

getheilten Entſcheidung für belanglos erklärt. Dort weiteres über die Frage, die ſchwerlich zweifelhaft iſt.

1) Ebenſo Zaun a. a. O. S. 302 Anm. 7. Vgl. auch Sächſ. bürg. Geſetzb. § 286: „Baumaterialien ſind mit ihrer Verwendung in ein Gebäude Beſtandtheile desſelben."

nicht das Intereſſe, wie für uns. Aber die Ratio ſpricht auch hier für die Anwendung des Satzes. Die Erhaltung von Bergbau-, Eiſenbahn-, Gas-, Waſſerleitungsanlagen liegt mindeſtens ebenſo ſehr im öffentlichen Intereſſe, wie diejenige von Gebäuden, und das unbegrenzte Trennungsrecht, das nach römiſchem Recht für bewegliche Sachen gilt, iſt ſchon unpraktiſch und verkehrt genug, um es nicht auch noch da anzuwenden, wo eine geſetzliche Nothwendigkeit nicht gegeben iſt. Beſtandtheile einer Brücke ſind z. B. die Pfeiler, das Tragwerk, die Brückenbahn; Beſtandtheile einer Eiſenbahnanlage die Schwellen, die Schienen, die Weichen, die Signalapparate [1]); Beſtandtheile eines Bergwerks die Zimmerung, die Kuvelirung, die Mauerung, die Fahrkünſte, die befeſtigten Waſſerhaltungs- und Wetterführungseinrichtungen [2]).

5) Daß die Frage, wie weit die Beſtandtheilseigenſchaft reicht, keine bloß theoretiſche iſt, wird allgemein anerkannt. Der Beſtandtheil iſt kein ſelbſtändiges Rechtsobjekt, er iſt nur ein Theil eines anderen. Daher hat er für ſich keine Rechtsſchickſale, an ihm beſteht kein Eigenthum, kein Pfandrecht. Beſtanden ſolche Rechte vor der Einfügung, ſo gehen ſie mit dieſer unter. Fortan giebt es nur noch Rechtsſchickſale für das Ganze, nicht mehr für den jetzigen Theil. Wird daher das Eigenthum des Ganzen übertragen, ſo wechſelt auch der Theil ſeinen Eigenthümer. Ein Trennungsrecht des bisherigen Eigenthümers oder — wenn die Sache vermacht iſt — des Erben darf man ohne einen beſonderen Rechtstitel nicht annehmen. Denn die Sache muß vollſtändig übertragen werden [3]). Wichtiger

1) Ebenſo Hilſe, Straßenbahnkunde, Bd. 1 S. 178.

2) Uebrigens kommen für Bergwerke beſondere Beſtimmungen in Betracht, Kohler a. a. O, S. 179.

3) A. A. Derndburg, Pandekten I § 77, der die Trennung dann zulaſſen will, wenn der Beſitzer die Sache nur zu temporären oder per-

ſind die Rechtsfolgen für unſern modernen Hypothekenverkehr. Die Hypothek, die am Ganzen haftet, haftet auch am Theil, und daher am verbauten Material ohne Rückſicht darauf, ob es dem Grundeigenthümer gehört hat, und ſelbſt dann, wenn ſich der Lieferant das Eigenthum vorbehalten hatte. Dieſe Hypothek würde nach römiſchem Recht nun freilich mit der Trennung des Materials wieder erlöſchen. Aber mit vollem Recht hat das Reichsgericht [1]) dieſem Satze vom Standpunkte des heutigen Hypothekenrechts aus für den Fall die Anerkennung verſagt, daß der Eigenthümer der Materialien ſie dem Grundeigenthümer zum Zwecke des Verbauens in das Grundſtück überlaſſen hatte. Der Materialeigenthümer handelt nach der Anſicht des Reichsgerichts dolos, wenn er das Pfandrecht des Hypothekengläubigers, der auf das fertige Gebäude kreditirt hat, an ſeinen Materialien überhaupt nicht oder nur als ein von der Fortdauer der Verbindung derſelben mit dem Grundſtück abhängiges anerkennt und auf Grund einer von ihm im voraus mit dem Grundeigenthümer getroffenen Uebereinkunft dieſelben ohne Bewilligung des Hypothekengläubigers wieder aus dem Gebäude herausnimmt. Wenn dagegen die Verbindung ohne Zuſtimmung des Materialeigenthümers erfolgt war, ſo kann zwar die Trennung von dieſem nicht erzwungen werden, wenn ſie aber der Grundeigenthümer freiwillig vornimmt, ſo hat der Hypothekar hiergegen kein Einſpruchsrecht. Höchſtens kann er, wenn durch die Trennung

ſönlichen Zwecken eingefügt hat. Dann iſt ſie aber nach den obigen Ausführungen nicht Beſtandtheil. Auf die l. 17 Pr. D. d. A. E. V. 19, 1 die l. 242 § 1 D. d. V. S. 50, 16 und die l. 245 eod. darf man ſich mit Dernburg (Anm. 12) nicht berufen. Zwar werden in dieſer Stelle Kohärenzfälle erwähnt, aber daß die Kohärenz zum Beſtandtheil gemacht habe, wird nicht geſagt, in der erſten und in der dritten Stelle vielmehr geradezu geleugnet.

1) Seuff. Arch., Bd. 39 Nr. 9.

ſeine Sicherheit gefährdet wird, vom Grundſtückseigenthümer Sicherheitsſtellung oder vorzeitige Befriedigung verlangen[1]).

## III. Ergebniſſe.

Ich will ganz kurz, der Ueberſicht wegen, die Reſultate, die ſich für das gemeine Recht ergeben haben, zuſammenfaſſen.

Der Satz superficies solo cedit in dem Sinne, daß alles, was einem Grundſtück durch Einbauen oder Einwurzeln einverleibt wird, dem Grundeigenthümer zufällt[2]), iſt nicht zutreffend.

I. Dem Grundeigenthümer fällt vielmehr nur zu:

a) die Ausſaat,

b) die eingewurzelten Pflanzen,

c) Gebäude und gebäudeähnliche Anlagen ohne Rückſicht auf das Material und ohne — prinzipielle — Rückſicht auf die Feſtigkeit der Verbindung, aber mit Ausnahme aller nicht zu bleibendem Beſtande beſtimmten Baulichkeiten,

d) alles, was mit dem ihm zufallenden Gebäude in körperlicher und zugleich innerlicher Verbindung ſteht. Die letztere iſt die Hauptſache, die erſtere ein mehr nebenſächliches Moment. Die innerliche Verbindung fehlt namentlich dann, wenn die Einfügung nur zu vorübergehendem Zwecke erfolgt iſt.

e) Weinbergspfähle.

Dagegen nicht ſonſtige dem Boden einverleibte Anlagen.

II. Dem Eigenthümer von Gebäuden und von anderen Bodenanlagen fällt alles mit dieſem körperlich und zugleich innerlich Verbundene zu.

Dieſe Sätze ſind ausſchließlich aus praktiſchen Gründen aufgeſtellt, zur Erhaltung von Bauwerken und pflanzlichen

1) Vgl. preuß. Eigs.-Erw.-Geſ. § 50.

2) Dernburg, Pandekten I, § 208.

Anlagen, und damit zur Erhaltung des Volksvermögens und der Kultur.

III. Ein Eigenthum an Gebäuden nach Horizontaltheilen iſt zwar nach gemeinem Recht unzuläſſig, als partikulare Rechtsbildung aber unbedenklich anzuerkennen.

IV. Immobil iſt nicht alles, was dem Grund und Boden mechaniſch eingefügt iſt, ſondern nur, was ihm zu dauernder Kohärenz eingefügt iſt; das zur Befriedigung nur temporärer Bedürfniſſe Einverleibte bleibt mobil.

## § 3. Das preußiſche Recht [1]).

I. Daß nach preußiſchem Recht der Satz superficies solo cedit nicht als ein Prinzip von zwingender Rechtsnoth-

1) Oben (S. 182 Anm. 2) wurde bemerkt, daß dem preußiſchen Recht das öſterreichiſche nachgebildet ſei. Das wird nicht gerade beſtritten, aber Randa (Eigenthumsr. § 9 A. 58) z. B. meint, daß aus den §§ 417—419 allg. bürg. Geſetzb. mit Beſtimmtheit hervorgehe, daß das öſterreichiſche Recht die Grundſätze des römiſchen angenommen habe, d. h. dem Satze superficies solo cedit huldige, während er im preußiſchen Recht mindeſtens durchbrochen iſt. Indeſſen wenn im § 418, auf den es allein ankommt, geſagt wird, daß, wenn Jemand auf fremdem Grunde ohne Wiſſen und Willen des Eigenthümers baue, das Gebäude dem Grundeigenthümer zufalle, ſo liegt doch das argumentum a contrario ſehr nahe; das aber würde ergeben, daß das Gebäude des mit Wiſſen und Willen des Grundherrn Bauenden nicht Eigenthum des Grundherrn wird. Da nun hier nur der redliche Beſitzer durch ſein Bauen Eigenthümer des Bodens wird, ſo muß jeder andere mit Einwilligung des Grundherrn Bauende als Eigenthümer des Gebauten ohne den Boden angeſehen werden, ſo insbeſondere der Pächter, Nießbraucher ꝛc. Das aber ſtimmt mit dem preußiſchen Recht überein.

An Entſcheidungen ſcheint es zu fehlen. Die Entſcheidung des oberſten Gerichtshofes vom 19. IV. 1859 (Samml. Nr. 772), die dem Pächter das Abhauen der von ihm gepflanzten Bäume geſtattet, ſo weit ſie nicht bloß zum Erſatz eingegangener dienen, ſagt nicht, daß dieſe Bäume auch Eigenthum des Pächters ſeien. Die Entſch. v. 28. XI. 1876 (Nr. 6296) ver-

wendigkeit gilt, wird, soviel ich sehen kann, allgemein anerkannt. Es ist ein vom Bodeneigenthum getrenntes Eigenthum an dem mit dem Boden Verbundenen — organisch oder mechanisch Verbundenen — zulässig. Vgl. §§ 98, 221, 275 I, 9, §§ 472—475 I, 20, §§ 199—200, 243—246 I, 22 A.L.R., § 30 Eigs.-Erw.-Ges. vom 5. V. 1872. Eine andere Frage — und eine recht zweifelhafte — ist es aber, wie weit die Aufhebung des Satzes reicht, ob er gänzlich beseitigt ist oder nur in gewissen Fällen und in welchen. Allgemein zugegeben wird hier wieder, daß derjenige, der als Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigter für sich eingepflanzt oder eingebaut hat, Eigenthümer der Anlage bleibt, also der Pächter, der Nießbraucher, der Superficiar, auch der Prekarist [1]). Die herrschende Meinung geht aber weiter und hält — wenigstens für Inädifizirtes — den Satz superficies solo cedit überhaupt für beseitigt [2]). Ich halte das für eine Uebertreibung und möchte meinerseits ein Sondereigenthum nur an solchen Bauwerken annehmen, die entweder befugter Weise auf dem fremden Boden

---

breitet sich über die Frage auch nicht. Verweisen kann man dagegen auf die Konzessionsurkunde der Südbahn v. 23. IX. 1858 (Schuster v. Bonnott, Die Rechtsurkunden der österreich. Eisenbahnen, 1892, I S. 622, 624) § 47: „Die Staatstelegraphenleitung, mit Inbegriff der Pfähle, längs der überlassenen Eisenbahnen bleibt selbstverständlich Eigenthum des Aerors" ꝛc. § 51 über die Ueberlassung der Bahn an den Staat: „Solche Gebäude aber, welche im Eingange des § 38 erwähnt sind, sollen dem Staate nicht anheim." Im Wesentlichen dieselben Bestimmungen finden sich in den Konzessionsurkunden für die Lokalbahnen der Südbahngesellschaft, sowie in den Konzessionsurkunden für die Kaschau-Oderberger Bahn vom 26. VI. 1866 (a. o. O. S. 773). Offenbar wird hier ein Sondereigenthum am Inädifizirten vorausgesetzt, an seiner Möglichkeit nicht gezweifelt.

1) Strieth. Arch., Bd. 40 S. 125.

2) Dagegen vor allem Koffka in Gruchot's Beiträgen, Bd. 27 S. 384 ff., der aber wieder nicht weit genug geht, Strieth. Arch., Bd. 84 S. 89, auch Bd. 58 S. 61.

als fremden (Gegenſatz S. 227) errichtet, oder wenn vom Grundherrn erbaut, an einen andern übereignet wurden.

Man muß bei der Interpretation des Landrechts doch immer von dem zur Zeit ſeiner Emanation geltenden Recht ausgehen. Zwar iſt das Landrecht gewiß ein originales Werk, aber doch immerhin ein Kind ſeiner Zeit, aus ihr und ihrem Recht zu erklären. Die damalige civiliſtiſche Doktrin hat aber an dem Satze, daß Gebäude Beſtandtheile des Bodens ſind, durchaus feſtgehalten. Auch Leyſer, deſſen Anſichten in unſerer Materie das Landrecht am ſtärkſten beeinflußt haben, hat keine Sonderſtellung eingenommen. Er erwähnt[1]) einen in Helmſtädt ſpielenden Rechtsſtreit. Es hatte jemand ein Gemach auf die Stadtmauer geſetzt, die Stadtobrigkeit nahm das Eigenthum daran für die Stadt in Anſpruch. Von Leyſer wurde ein Vergleich dahin durchgeſetzt, daß der Erbauer ſein Werk behielt, aber ein solarium verſprach und das dominium directum der Stadt anerkannte. Anſcheinend wird hier eine Superficies konſtituirt, der Superficiar iſt dominus utilis des conclave; dominus directus, d. h. nach heutiger Terminologie Alleineigenthümer, iſt der Grundherr. Das iſt eine volle Anerkennung des superficies solo cedit. Weiter kommt Folgendes in Betracht. § 275 I, 9 beſtimmt:

> Das Eigenthum des Samens oder der Pflanzen, womit fremder Grund und Boden beſtellt worden, fällt, ſobald erſterer ausgeſäet iſt, und letztere Wurzeln getrieben haben, demjenigen anheim, welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt.

Der Beſtellende verliert alſo ſein Eigenthum, der

1) Meditationes, Bd. 7 sp. 447 med. 6. Vgl. auch Hymmen, Beiträge zur juriſt. Litteratur in d. preuß. Staaten, Bd. 6 S. 94.

Nutzungsberechtigte — wenn ein solcher nicht da ist, der Bodeneigenthümer — erwirbt es. Warum soll das mechanisch Verbundene anders behandelt werden, als die organische Kohärenz? Die Analogie spricht doch für die gleiche Regelung. Auf das Wort „zueignen" in § 329 I, 9 A.L.R. darf man sich für die entgegengesetzte Meinung nicht berufen[1]). Es ist bekannt genug, wie wenig präcis oft die Wortfassung des Landrechts ist, wie häufig auch juristisch technische Ausdrücke doch nicht in juristischem, sondern mehr in wirthschaftlichem Sinne genommen werden; und dann wird der Ausdruck „zueignen" durch Wendungen, die in diesem und den folgenden §§ vorkommen, wie „will der Grundeigenthümer das Gebäude *behalten*", „will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden *überlassen*" mindestens paralysirt. Es geht nicht an, die eine Wendung im juristischen, die andere im unjuristischen Sinne zu verstehen.

Die praktische Bedeutung der Streitfrage ist, soweit ich sehen kann, nicht sehr erheblich. In Betracht kommen zunächst die bekannten §§ 327—331 I, 9 A.L.R. Nach ihnen hat der Grundeigenthümer, auf dessen Grundstück *ohne sein Vorwissen* ein selbständiges Gebäude [im Gegensatz zu einer Grenzüberschreitung durch einen Bau[2])] errichtet worden ist ein dreifaches Wahlrecht. Er kann Niederreißung des Hauses

1) Anders *Dernburg*, Preuß. Privatr. I § 236 Anm. 5, Strieth. Arch., Bd. 99 S. 113. Wie hier *Förster-Eccius* § 176 Anm. 35. Eine Entscheidung eines Hülfssenats des R.Gs. findet in dem § 329 sogar die Regel aufgestellt: solo cedit quod solo inaedificatur (J. M. Bl., 1880, S. 108).

2) So Ob.Trib.Entsch., Bd. 71 S. 14, Bd. 38 S. 76. Anders R.G., Bd. 10 S. 245: unter einem für sich selbst bestehenden Gebäude soll dasjenige verstanden werden, welches für sich, d. h. für seine eigenen Zwecke erbaut worden ist, im Gegensatz zu dem Falle, in welchem es zum Theil eines größeren Ganzen und dem Zwecke dieses dienstbar hat gemacht werden sollen. Wie das R.G. auch *Eccius* § 176 A. 34.

verlangen, er kann es für ſich erhalten, er kann es nebſt dem Boden dem Bauherrn überlaſſen. Nach der herrſchenden Meinung[1]) iſt bis zur Ausübung dieſes Wahlrechts Eigenthümer des Gebäudes der Erbauer, Eigenthümer des Bodens der Grundherr. Nach der hier vertretenen Auffaſſung iſt letzterer bis dahin ſowohl Eigenthümer des Bodens als auch Eigenthümer des Baues[2]). Praktiſches Intereſſe wird dieſer Diſſens nicht haben. Denn eine Auflaſſung des bloßen Gebäudes an den Grundherrn iſt unmöglich, eine Auflaſſung des Grundſtücks an den Erbauer aber ſtets erforderlich[3]). — Ohne Bedeutung iſt die Streitfrage auch für den § 332 und die §§ 340—342 I, 9 A.L.R.:

§ 332. Hat der Eigenthümer des Grundes und Bodens um den Bau gewußt, und nicht ſogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortſetzung desſelben auf eine ſolche Art, daß es zur Wiſſenſchaft des Bauenden gelangt iſt, widerſprochen, ſo muß er mit der bloßen Entſchädigung für Grund und Boden ſich begnügen.

§ 340. Will Jemand einen Bau auf ſeiner Grenze führen, ſo muß er ſeinen Vorſatz, und wie weit er das Gebäude vorzurücken gedenke, den Nachbarn anzeigen.

§ 341. Hat er dieſes gethan, und iſt die angegebene Linie von den Nachbarn genehmigt, gleichwohl aber das Gebäude durch Zufall, geringes oder mäßiges Verſehen über die angegebene Linie vorgerückt worden, ſo darf er den

1) Vgl. Strieth. Arch., Bd. 99 S. 113, J.M.Bl., 1880, S. 104 (R.G.), Dernburg, I § 236.

2) So auch Gruchot, Gloſſen zum A.L.R., in ſeinen Beiträgen, Bd. 7 S. 284, Koch, Kommentar, Anm. 70, auch Eccius, § 176 Anm. 35, 36 mit Förſter. Keinen Zweifel läßt § 418 öſterr. bürg. Geſetzb. Der Urentwurf Thl. 2 § 151 gab dem Bauherrn hier auch das Recht, die Materialien auf eine „unſchädliche Art" hinwegzunehmen.

3) Förſter-Eccius, § 176 Anm. 37.

Nachbarn nur den Grund und Boden nach einer billigen Taxe vergüten.

In dieſen Fällen handelt es ſich weder um ein geſondertes Eigenthum am Gebäude, noch um den Satz superficies solo cedit, ſondern um das Gegentheil dieſes Satzes, der Boden folgt dem Gebäude, der Erbauer wird durch ſein Bauen Eigenthümer des fremden Grundes und Bodens [1]). In dieſen §§ tritt der favor aedificiorum hervor, die Begünſtigung iſt eine größere als nach römiſchem Recht. Durch dieſes wird nur der Erbauer gehindert, das Gebäude wieder zu beſeitigen, durch die preußiſchen Beſtimmungen auch der Grundherr [2]).

---

1) So Ob.Trib.Entſch., Bd. 9 S. 6, Bd. 30 S. 35, Bd. 38 S. 61, Bd. 80 S. 52; Jur Wochenſchr., 1883, S. 275 (R.G.), Gruchot's Beitr., Bd. 33 S. 875 (R.G.), R.G.Entſch., Bd. 18 S. 279, Dernburg u. Hinrichs, D. preuß. Hypothekenr., Bd. 1 S. 204 u. Anm. 8, Förſter-Eccius, § 176 A. 39, Dernburg, Preuß. Privatr., § 236 Anm. 14. Dagegen, wenigſtens für den § 332 (der Grundeigenthümer nur zum Verkauf des Bodens verpflichtet), O.T.Entſch., Bd. 21 S. 91, Strieth. Arch., Bd. 99 S. 111, J.M.Bl., 1830, S. 104 (R.G.), Koffka, S. 391. — Auch im Falle des § 418 öſterr. bürg. Geſetzb., letzter Satz, wird ſofortiger Eigenthumserwerb angenommen, vgl. Entſch. des oberſten Gerichtshofes v. 15. IV. 1868 b. Riehl, D. allg. bürg. Geſetzb., Bd. 1 zu § 418, Stubenrauch, Komm., Bd. 1, 3. A. S. 500, Randa, Eigenthumsrecht, § 17 Anm. 11. Dagegen Strohal, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien, 1876, § 14.

2) Soweit ſie das Bauen an der Grenze betreffen, beruhen ſie auf Leyſer Vgl. Meditationes, Bd. VII spec. 447 med. 8. Es handelt ſich um eine Entſcheidung der Helmſtädter Fakultät v. J. 1718. Beim Bau einer Ziegelhütte waren die Grenzen überſchritten, und dadurch war ein zur Viehtrift dienender Weg eingeengt worden. Die Klage auf Niederlegung des Baues wurde abgewieſen, und der Bauherr nur zu einer Entſchädigung verurtheilt Gerechtfertigt wird dies einmal durch den favor aedificiorum, dann aber auch durch die Befugniſſe des Richters bei der Grenzſcheidungsklage — um die es ſich gar nicht handelte —, „denique quod caput rei est, officium judicis ita constringi non oportet, ut contra aequum et bonum judicare ei necesse sit". Es wird alſo ganz und gar auf die Billigkeit abgeſtellt, ein Prinzip nicht entwickelt.

Ob man freilich so weit gehen darf, den § 332 — und dasselbe gilt von § 329 — außer auf den vom Gebäude eingenommenen Grund auch auf den zur zweckentsprechenden Benutzung des Gebäudes unentbehrlichen Boden zu beziehen, ist denn doch etwas zweifelhaft [1]) Aus dem Gesetze ist hierüber nichts zu entnehmen. Aber die Zweckmäßigkeit spricht allerdings für die Ausdehnung. Die Wohlthat, die das Gesetz dem Erbauer des Gebäudes angedeihen lassen will, kann sonst leicht in ihr Gegentheil umschlagen. Denn ein Haus ohne Zugang und ohne Hof ist nur für den von Werth, der die Bekanntschaft der Baupolizei zu machen wünscht.

Von Wichtigkeit ist die in Rede stehende Streitfrage für die Auffassung des § 30 Eigs.-Erw.-Ges. Wenn nach ihm nur die auf dem Grundstück befindlichen, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude dem Hypothekar haften, so haften nach der hier vertretenen Meinung auch die von einem dritten Unberechtigten ohne Wissen des Grundherrn erbauten, weil sie nach dem Satze superficies solo cedit Eigenthum des letzteren geworden sind. Freilich, wenn der Grundherr die Wegnahme verlangt, so können die Hypothekengläubiger hiergegen nicht einschreiten, und wenn der Grundeigenthümer die Erhaltung des Gebäudes, sei es für sich, sei es für den Erbauer, wählt, so kommen auch nach der gegnerischen Auffassung Eigenthum am Gebäude und Eigenthum am Boden wieder zusammen, und dann ist es gleichgültig, was man für die Zeit vorher angenommen hat. Wenn dagegen der Grundherr sein Wahl-

1) Dagegen Strieth. Arch., Bd. 56 S. 269, Bd. 81 S. 20, R.G. im J.M.Bl., 1880, S. 108. Dafür R.G. in Gruchot's Beitr., Bd. 33 S. 875, R.G. im J.M.Bl., 1880, S. 104, Förster-Eccius, Bd. 3 S. 226 Anm. 37, Koffka a. a. O., S. 397. Auf das Bauen über die Grenze bezieht sich das aber nicht, Strieth. Arch., Bd. 98 S. 363, Förster-Eccius, S. 228 Anm. 44.

recht nicht ausübt — z. B. gegenüber einem Käufer des Grundstücks, dem nur übergeben, nicht aufgelaſſen iſt — ſo haften nach der herrſchenden Anſicht die vom Käufer errichteten Gebäude den Hypothekaren nicht, nach der hier vertretenen haften ſie[1]).

Auf andere Inädifikationen als Gebäude und gebäudeähnliche Bauwerke darf man auch im preußiſchen Recht den Satz superficies solo cedit nicht erſtrecken. Die gemeinrechtliche Doktrin des usus modernus Pandectarum denkt anſcheinend ausſchließlich an Gebäude, und es liegt kein Grund vor, das Landrecht in anderem Sinne zu verſtehen. Aber auch für Gebäude gilt er, wie im gemeinen Recht, dann nicht, wenn ſie nur zu vorübergehendem Zwecke, nicht zu dauerndem Beſtehen gebaut wurden[2]).

Danach ergiebt ſich für das preußiſche Recht folgendes Reſultat:

1) Samen fällt mit der Ausſaat, eine Pflanze mit der Einwurzelung in das Eigenthum des am Boden Nutzungsberechtigten. Eine Ausnahme für den Fall, daß Jemand befugter Weiſe auf fremdem Boden ausgeſäet oder eingepflanzt hat, braucht hier nicht gemacht zu werden, denn der ſo Befugte iſt eben Nutzungsberechtigter am Boden.

2) Gebäude und gebäudeähnliche Bauwerke fallen in das Eigenthum des Grundeigenthümers. Ausgenommen:

---

1) Vgl. auch R.G. in Gruchot's Beitr., Bd. 34 S. 1109: § 30 E.E.G. ſchließt nur „die Pfandhaftung der Gebäude in den Fällen aus, wo ein Pächter oder ein dinglicher Nutzungsberechtigter ein Gebäude auf fremdem Boden gebaut hat, welches er nach Beendigung ſeines Rechts wieder wegnehmen kann."

2) Vgl. auch Gruchot, Gloſſen a. a. O., S. 287, und zwei weſtfäliſche Entſcheidungen im Arnsberg. Arch., Bd. 10 S. 60, 63, ſowie unten S. 231.

a) Bauten, die auf Grund eines dinglichen oder obligatoriſchen Rechts am fremden Boden errichtet wurden.

b) Bauten, die der Grundherr einem anderen zu eigenem Recht abgetreten hat.

c) Temporäre Bauten.

In dieſen drei Fällen beſteht ein Sondereigenthum an der Baulichkeit.

d) Gebäude, nicht aber ſonſtige Bauten [1]), die auf fremdem Boden mit Wiſſen und ohne Widerſpruch des Grundherrn errichtet wurden (§ 332 I, 9). Hierher gehört auch der Fall, daß der Miteigenthümer auf dem gemeinſchaftlichen Grunde für ſich baut, vorausgeſetzt, daß der condominus nicht bloß von dieſem Bauen, ſondern auch davon weiß, daß der Bauende eben für ſich bauen will [2]). Ebenſo iſt § 332 dann anwendbar, wenn der Bauende den Boden auf Grund eines Eigenthumsverſchaffung bezweckenden Vertrages innehatte, ohne Rückſicht darauf, ob der Vertrag gültig oder ungültig war. Denn der Boden iſt bis zur Auflaſſung ein für ihn fremder. Hiergegen hat ſich namentlich Eccius [3]) erklärt, weil der

1) Nicht: Mauern, vgl. Rehbein, Entſch. des Ob.Trib., Bd. 1 S. 868 Anm. 1, anders Heydemann, Einleitung, Bd. 2 Anm. 133; Brücken, vgl. Strieth. Arch., Bd. 44 S. 121 (anders der öſterr. oberſte Gerichtsh., er erſtreckt den § 418 bürg. Geſetzb. auch auf Brücken, Entſch. vom 6. III. 1889, citirt in der Schey'ſchen Ausgabe des Geſetzb.); Eiſenbahnanlagen, Strieth. Arch., Bd. 96 S. 178. Dernburg, Privatr., I § 236 A. 4 bezieht die Vorſchrift zwar nicht auf freiſtehende Mauern, aber wohl auf Denkmäler und Eiſenbahndämme.

2) So Dernburg, I § 236 Anm. 9; ohne dieſen Vorbehalt Strieth. Arch., Bd. 11 S. 216—218, Heydemann, Einleitung, S. 67.

3) § 176 Anm. 33, gegen die herrſchende Meinung, vgl. Ob.Trib., Bd. 30 S. 31, Bd. 38 S. 72, Strieth. Arch., Bd. 36 S. 80, Bd. 93 S. 4, und wohl auch Dernburg, I § 236 Anm. 9 (Anm. 10 ſcheint mir freilich hiermit nicht zu ſtimmen). Vgl. auch Strieth. Arch., Bd. 56 S. 268, Rehbein, Entſcheidungen, Bd. 1 S. 869 Anm. Wie Eccius Koch, Kommentar, Anm. 76. — Ueber öſterr. Recht vgl. Entſcheidg. d. oberſt. Gerichtsh.

Bauende den Grund und Boden zum Zwecke des Baues, aber nicht erſt durch den Bau in Beſitz genommen habe. „Er war als Beſitzer des Grundſtücks ſchon vor dem Bau der Eigenthumsklage ausgeſetzt, und ſeine Reſtitutionspflicht muß ſich nach Vornahme des Baues nach den beſonderen Regeln beſtimmen, die den Fall der Reſtitution einer Sache, auf die Aufwendungen gemacht worden ſind, ordnen." Indeſſen unterſcheidet das Landrecht nicht in der von Eccius angegebenen Weiſe, ſondern danach, ob der Boden für das Gebäude oder das Gebäude für das Grundſtück verwendet wird [1]). Iſt das erſtere der Fall, d. h. der Boden zum Zwecke des Bebauens abgetreten, ſo greifen die §§ 327—332 und nicht der § 333 Platz.

e) Grenzüberſchreitungen durch Gebäude, nicht aber durch ſonſtige Bauten unter den Vorausſetzungen der §§ 340—341 daſelbſt.

In den Fällen d und e gilt der Satz: solum cedit aedificio.

Keine Ausnahme von dem Satze superficies solo cedit enthält dagegen die Behandlung der Impenſen des Beſitzers gegenüber der Vindikation des Eigenthümers oder des beſſer Berechtigten (§§ 204—211, 238 I, 7), und ebenſowenig enthalten ſie die §§ 327—331 I, 9. Nur die Auseinanderſetzung zwiſchen Erbauer und Grundeigenthümer ſteht hier in Frage [2]). Uebrigens dürfen auch die letztgenannten Beſtimmungen nur von eigentlichen Gebäuden verſtanden werden [3]).

vom 21. XII. 1882 (Samml., Bd. 20 Nr. 9234), die mit der in Preußen herrſchenden Anſicht übereinſtimmt und nicht im Widerſpruch mit Samml. Bd. 14 Nr. 6216 ſteht. Doch dagegen Strohal, Eigenthum an Immobilien, § 14 und Anm. 5.

1) Rehbein in ſeinem Kommentar Tit. 9 Anm. 72.

2) Ebenſo Koffka a. a. O., S. 101.

3) So auch Strieth. Arch., Bd. 97 S. 93 (eine maſſive Mauer kein Gebäude).

II. Wegen des Stockwerkseigenthums des preußischen Rechts genügt es, auf die Göttinger Dissertation von Ackermann[1]) zu verweisen, ich weiß hier nichts Neues zu sagen.

III. Der Bauherr, der fremde Materialien zu seinem Bau verwendet, wird Eigenthümer derselben, das ursprüngliche Eigenthum lebt auch nach der Trennung nicht wieder auf. Der Materialeigenthümer ist auf eine Geldentschädigung beschränkt (§§ 334 ff. I, 9). Das Landrecht erwähnt hierbei nur die beiden Fälle, daß der Bauherr fremde Materialien auf seinem eigenen Grund und Boden verbaut hat, und daß er sie auf fremdem Boden ohne Vorwissen des Grundeigenthümers verwendet hat[2]). Erschöpfend ist das nicht. Namentlich ist der Fall ausgelassen, daß der Bauherr, z. B. ein Pächter, befugter Weise auf dem fremden Boden ein Gebäude errichtet hat. Natürlich erwirbt er auch hier das Baumaterial. Im übrigen beziehe ich mich hier lediglich auf das oben (S. 203 flg.) Gesagte. Was dort für das gemeine Recht entwickelt wurde, gilt auch im Gebiete des A.L.Rs. Die einschlägigen preußisch-rechtlichen Entscheidungen sind dort bereits verwerthet worden.

IV. Ob eine Sache als bewegliche oder als unbewegliche anzusehen ist, soll sich nach § 6 I, 2 A.L.R. danach richten ob sie „ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur anderen gebracht werden kann oder nicht“[3]). Zum Verständniß dieser Definition sind die §§ 4—5 das. heranzuziehen:

---

1) Ueber Stockwerkseigenthum, insbes. nach preuß. Recht, 1891. Ueber österr. Recht vgl. Randa, Eigenthumsr., § 1 Anm. 30, § 9 Ziff. 7 und Anm. 57, 58, und insbes. das Gesetz vom 30. III. 1879 (R.G.Bl. Nr. 50).

2) Ebenso das österr. bürg. Gesetzb., §§ 417, 419.

3) Ebenso österr. bürg. Gesetzb., § 293: Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden können, sind beweglich, im entgegengesetzten Falle sind sie unbeweglich.

§ 4. Alle Theile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann, was sie vorstellen soll oder wozu sie bestimmt ist, gehören zur Substanz.

§ 5. Solange also durch die Aenderung oder Verwechselung einzelner Theile die Sache weder vernichtet, noch die Hauptbestimmung derselben geändert worden ist, solange ist noch keine Veränderung in der Substanz vorgefallen. Daraus folgt, daß, wenn eine Sache unbeschadet ihres Charakters und ihrer Hauptbestimmung von der Stelle bewegt werden kann, sie beweglich, anderenfalls aber unbeweglich ist. Die Grundfläche selber ist danach immobil, dagegen kann das, was mit ihr verbunden, selbst fest verbunden ist, auch beweglich sein, dann nämlich, wenn seine Trennung vom Grund und Boden seiner Bestimmung und seinem Charakter nicht widerspricht. Daher sind z. B. die in den Baumschulen und Handelsgärten befindlichen Gewächse nicht Immobilien, sondern Mobilien. Denn nicht nur, daß es ihrer Hauptbestimmung nicht widerspricht, wenn sie aus dem Boden wieder entfernt werden, es ist das gerade ihre Bestimmung. Nicht anders verhält es sich mit mechanischen Verbindungen. Wenn sie dazu bestimmt sind, wieder aus dem Boden genommen zu werden, sind sie Mobilien, nicht Immobilien.

Für die Hypothekengesetzgebung ist, wie dargestellt, die Frage ohne sonderliche Bedeutung [1]). Praktisch geworden ist sie vor allem für das Stempelrecht. Geschäfte, insbesondere Kaufverträge über Immobilien, unterliegen einem höheren Stempelsatz als solche über Mobilien. Gerichts- und Verwaltungspraxis unterscheiden hier zwischen Mobilien und Immobilien in der angegebenen Weise. Das Obertribunal [2])

1) Vgl. noch Johow-Küntzel, Jahrb. der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 1 S. 81: Verpfändung der vom Pächter errichteten Gebäude.

2) Strieth. Arch., Bd. 84 S. 88.

hat Gebäude, die ein Pächter auf dem gepachteten, kontraktlich mit Ablauf der Pachtzeit frei von Gebäuden zurückzugewährenden Grundstück errichtet hatte, für Mobilien erklärt und dabei das Rechtsprinzip aufgestellt: „Gebäude auf fremdem Grund und Boden können, wenn nicht eine Superficies oder ein Recht auf eine dauernde Verbindung vorliegt, als ein Grundstück nicht angesehen werden." Dem entspricht eine andere Entscheidung [1]), wonach unter Grundstücken auch Wohnhäuser zu verstehen sind, welche zur fortdauernden Benutzung dienen und zum Abbruch nicht bestimmt sind, und auch in dem Falle, daß sie auf fremdem Grund und Boden stehen. Darum sind Windmühlen, die als Superficies auf fremdem Grunde stehen, unbewegliche Sachen [2]). Das Reichsgericht [3]) ist dem Obertribunal gefolgt. Ein vom Pächter errichtetes Gebäude wird für eine bewegliche Sache erklärt, weil er nur das Recht der Wegnahme habe. Die Begründung giebt freilich zu Bedenken Veranlassung. Das Eigenthum des Pächters am Gebäude soll sich von dem Eigenthum eines Käufers, welcher ein Gebäude auf Abbruch gekauft hat, nicht unterscheiden. „In beiden Fällen besitzen Pächter und Käufer nur künftige Abbruchsmaterialien, aber keine Grundstücke." Daß dies der Auffassung des Lebens nicht entspricht, bedarf keines Beweises. Es entspricht aber auch nicht dem Gesetz, das durchaus zwischen dem Eigenthum am Gebäude und dem Eigenthum an Materialien unterscheidet (vgl. §§ 334 ff. I, 9). Wenn das Reichsgericht weiter nur solche Gebäude

1) Strieth. Arch., Bd. 72 S. 71.

2) Ob.-Trib.-Entscheidungen, Bd. 87 S. 144, weitergehend Ob.Trib. bei Rehbein, Bd. 1 S. 127, wo eine Windmühle auch ohne Begründung einer Superficies für unbeweglich erklärt wird; durchaus unrichtig Bd. 52 S. 153 (eine zum Abbruch bestimmte Windmühle soll eine unbewegliche Sache sein!)

3) Gruchot's Beitr., Bd. 35 S. 951.

für Grundstücke erklärt, deren Eigenthümer zugleich Eigenthümer des Grundes und Bodens ist, so ist das so sicher falsch, daß man ein bloßes Vergreifen im Ausdruck annehmen muß.

Der Judikatur entspricht die Verwaltungspraxis. Ein Justiz-Min.-Reskr. vom 26. IX. 1853 [1]) erklärt Gebäude, die ein Emphyteuta gebaut hat, ein Finanz-Min.-Reskr. vom 27. IV. 1854 [1]) solche, die ein Pächter in Ausübung einer ihm zustehenden Superficies errichtet hat, für Immobilien. Andererseits sollen nach einem Finanz-Min.-Reskr. vom 15. VIII. 1854 [1]) Wohn- und Wirthschaftsgebäude, die ein Pächter hergestellt hat, wenn er sie bei Beendigung seines Pachtrechts wieder wegnehmen muß, als Mobilien, nicht als Immobilien behandelt werden, weil ein dauerndes Recht auf Bebauung des fremden Bodens fehle. In dem in Frage stehenden Falle belief sich die vereinbarte Pachtzeit sogar auf hundert Jahre, und dem Pächter war eine Abtretung seines Rechts gestattet. In der Fassung zu weit gehend ist das Finanz-Min.-Reskr. vom 28. VII. 1857 [2]): „Von dem Kaufpreise für dem Abbruch unterworfene Häuser und andere Gebäulichkeiten ohne Grund und Boden läßt sich der Stempel von 1 Proz. (d. h. der Immobiliarstempel) nicht fordern."

Daß Maschinen, die mit dem Gebäude dauernd mechanisch verbunden sind, Immobilien, nicht Mobilien sind, ist von der Judikatur wiederholt ausgesprochen worden [3]). Es ist dagegen nichts zu erinnern.

Vegetabilischer Zuwachs eines Grundstücks wird im Allgemeinen an der Immobiliarqualität desselben Theil nehmen.

---

1) Hoyer, Preuß. Stempelgesetzgebung, 3. A. 1881, S. 446.

2) Hoyer, a. a. O. S. 445, vgl. Strieth. Arch., Bd. 84 S. 92.

3) Vgl. Obertribunal, Entscheid. vom 15. V. 1873 und vom 11. II. 1876 (Hoyer, S. 463) und Reichsgericht, Entscheidg. vom 24. VI. 1880 (das. S. 850).

Wenn das Finanz-Min.-Reſkr. von 17. 1. 1852 [1]) es für „nicht zweifelhaft“ erklärt, „daß der noch nicht eingeerntete Zuwachs, die in der Erde befindlichen Saaten und das noch nicht gefällte Holz als zubehörige Theile des Grund und Bodens anzuſehen“ ſind und deshalb dem Immobiliarſtempel unterliegen, ſo iſt dies im Allgemeinen richtig. Natürlich iſt aber anders zu entſcheiden, wenn eine Ernte von Getreide, Obſt, Wein für ſich ohne das Grundſtück oder wenn Bäume zum Fällen verkauft werden. Hier wird nicht über unbewegliche, ſondern über bewegliche, wenn auch nur zukünftige Sachen paciscirt. Das iſt allgemein anerkannt. Man kann aber einen Schritt weitergehen. Man darf annehmen, daß auch bei der Veräußerung eines Grundſtücks die zwar noch anſtehende, aber erntereife Frucht als Mobile, nicht als Immobile zu behandeln iſt und deshalb ihr Werth von dem Geſammtwerth des Kaufobjekts abzuziehen und nur der verbleibende Reſt der Berechnung des Immobiliarſtempels zu Grunde zu legen iſt. Denn ihre Beſtimmung iſt es, geerntet, d. h. vom Boden getrennt zu werden, und ſie ſtellt auch noch nach dieſer Trennung dasſelbe vor, wie vor derſelben (§ 4 I, 2). So hat denn auch das Obertribunal entſchieden [2]). Es handelte ſich hier um den Verkauf eines Landguts, das Getreide war in der Aberntung begriffen, theils war es ſchon abgeerntet, theils ſollte es noch abgeerntet werden. Das Appellations-Gericht hatte die noch nicht abgeerntete Saat für immobil erklärt, „weil ein ganzes Getreidefeld nicht aus dem Boden herausgenommen und unbeſchadet ſeiner Subſtanz anderswohin verpflanzt werden kann“. Das Obertribunal entſchied für Mobiliarqualität, wobei erwogen wurde, „daß die Aberntung der Saat in ihrer Natur und Beſtimmung liege“.

1) Hoyer a. a. O., S. 461.
2) Strieth. Arch., Bd. 83 S. 348.

## § 4. Das franzöſiſche Recht.

I. Art. 546 cod. civ. ſtellt das Prinzip auf: La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle droit d'accession.

Von dieſem „droit d'accession" handeln die beiden folgenden Kapitel, das erſte „du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose", das zweite, ziemlich umfangreiche „du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose". Im zweiten Kapitel iſt der Satz an die Spitze geſtellt:

art. 551. Tout ce qui s'unit, et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.

Zu den Regeln, auf die hier verwieſen wird, gehören die art. 553—555. Sie ſind für uns die sedes materiae. Ich gebe ſie zunächſt wieder:

art. 553. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

art. 554. Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur; it peut aussi être condamné à des dommages

et intérêts, s'il y a lieu: mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.

art. 555. Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.

Es folgen noch Regeln über die Auseinanderſetzung und beſondere Beſtimmungen zu Gunſten des gutgläubigen Erbauers.

Daraus ergiebt ſich Folgendes: Als Prinzip auch im franzöſiſchen Recht die Regel superficies solo cedit, aber nicht als zwingendes, ſondern nur als dispoſitives Recht, es tritt im Zweifel, aber nicht nothwendig ein [1]). Daß das genannte Prinzip gilt, wird dadurch bewieſen, daß nach art. 555 es lediglich vom Willen des Grundeigenthümers abhängt, ob das dem Boden Einverleibte erhalten oder beſeitigt werden ſoll, der andere Theil aber ein jus tollendi nicht hat [2]). Das Prinzip hat aber Ausnahmen, es kann ein vom Bodeneigenthum getrenntes Eigenthum am Gebäude, am ſonſtigen Werk, an der Pflanzung, auch ein Eigenthum an einem einzelnen Stockwerk (art. 664) beſtehen.

Es fragt ſich, auf welche Weiſe ein ſolches Eigenthum begründet wird. Art. 553 erwähnt die Erſitzung, allerdings nur die Erſitzung eines Kellers oder eines anderen Gebäudetheils. Aber es unterliegt keinem Zweifel, daß ein Gebäude

1) Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç., Bd. 2 § 223 Anm. 16: l'art. 553, duquel il ressort que la règle: superficies solo cedit, consacrée par les art. 551 et 552 n'est pas d'ordre public et peut être écartée soit par la prescription, soit à plus forte raison, par une convention contraire.

2) Vgl. Zachariae v. Lingenthal, Handb., Bd. 1, 6. A. § 203, Aubry und Rau a. a. O., § 204, Sirey, 1873 I S. 254, Coviello im Arch. giur., Bd. 49 S. 174.

auch im Ganzen erſeſſen werden kann. Ebenſo auch andere Bauwerke: Brücken, Mauern, Eiſenbahnanlagen, Röhrenleitungen ꝛc. Nicht minder Bäume, Sträucher, Kräuter. Die Erſitzung von Bäumen hat die franzöſiſche Praxis nicht ſelten beſchäftigt. Sie erkennt einen Beſitz an Bäumen und demzufolge auch eine Erſitzung derſelben an. Eine Entſcheidung des Civiltribunals von Boulogne-ſur-Mer v. J. 1856 [1]) nimmt an, „qu' un arbre planté et végétant peut être en soi l'objet d'une possession immobilière propre à conduire à l'acquisition de la propriété par la prescription". Damals war die Frage noch beſtritten. Aber in demſelben Sinne hatte ſich bereits der Gerichtshof von Caen ausgeſprochen, und die ſpätere Praxis hat dann dieſe Anſicht feſtgehalten, insbeſondere auch einen Beſitz und eine Erſitzung von ſolchen Bäumen und Hecken geſtattet, mit denen die öffentlichen Wege bepflanzt ſind [2]).

Durch Erſitzung wird das beſondere Eigenthum an dem dem Boden Einverleibten *ohne* den Willen des Grundeigenthümers erworben. Erſt recht muß es *durch* ſeinen Willen begründet werden können, durch Verkauf, Teſtament, Schenkung ꝛc. [3]). Die Praxis hält dies für ſelbſtredend [4]).

Es braucht ſich auch nicht um ein fertiges Werk zu handeln. Es ſteht nichts im Wege, daß der Grundherr einem Anderen, einem Pächter, Nießbraucher, Superficiar Boden zum

1) Sirey, 1858 II S. 513.

2) Vgl. die Entſcheidungen des Kaſſationshofes bei Sirey, 1858 I S. 816, 1862 I Sp. 181, 1875 I S. 168, 1878 I S. 160, 1881 I S. 52. Vgl. auch Sirey 1861 I Sp. 880 (Tribunal von Lille). Abweichender Anſicht iſt das Tribunal von Douai (Sirey, 1857 II Sp. 329).

3) Vgl. Aubry und Rau a. a. O., § 225, Demolombe, Cours de cod. Nap., Bd. 6 Nr. 654. Vgl. auch den codice civile, art. 448 a. E.: „senza pregiudizio però de' diritti legittimamente acquistati da terzi".

4) Vgl. außer den in Anm. 2 citirten Entſch. noch Sirey, 1854 I S. 683, Anm. zu Sirey, 1883 I S. 152, R.G., Bd. 24 S. 340.

Bebauen oder zum Bepflanzen überläßt, ſo daß ihm das Bodeneigenthum verbleibt, der Andere nur Eigenthümer des hergeſtellten Werkes wird. Freilich wird nicht ſtets ſchon dadurch, daß auf fremdem Grund und Boden mit Zuſtimmung des Grundeigenthümers gebaut oder gepflanzt wird, der Satz superficies solo cedit ausgeſchloſſen, ein Urtheil des Kaſſationshofes [1]) erklärt: „que par application des règles posées aux art. 546, 552, 553 et 555 c. civ. les constructions élevées par le preneur sur le terrain loué appartiennent au bailleur à moins qu' il ne résulte des stipulations du bail ou des agissements des parties que ce dernier a repudié cette propriété et renoncé à son droit d'accession." Dieſem Urtheil lag ein bei Sirey mitabgedrucktes Gutachten des Rathes Dagallier zu Grunde, der einen Verzicht des Grundeigenthümers auf das Acceſſionsrecht fordert: „soit par une déclaration expresse, qui attribue au preneur la propriété des constructions par lui édifiées, soit par des stipulations du bail, desquelles on doive nécessairement induire qu' il n' a pas entendu se la réserver". Doch iſt das wohl zu eng. Ich möchte annehmen, daß in der Zuſtimmung des Grundherrn zum Bauen oder Pflanzen auf ſeinem Grundſtück im Zweifel die Anerkennung des Eigenthums des Herſtellers an dem Hergeſtellten liegt, ſo daß es gerade zur Erhaltung des Acceſſionsrechtes einer Willenserklärung bedarf [2]). Das badiſche Oberlandesgericht ſcheint in einer Entſcheidung [3]), in der es ſich um die Immobiliarqualität eines auf gepachtetem Grunde errichteten Photographiehäuschens

1) Sirey, 1873 1 S. 254.

2) So anſcheinend auch Zachariae a. a. O., S. 203. Vgl. auch Fuzier-Herman, Codes annotés, n. 10, 11 zu art. 553, ſtrenger Laurent, Bd. 6 Nr. 255.

3) Annalen der badiſchen Gerichte, Bd. 50 S. 328.

handelte, von dieſer Auffaſſung auszugehen. Klarer tritt ſie in einer ſehr bekannten oberitalieniſchen Rechtsſache hervor [1]). Die franzöſiſche Tramway-Kompagnie hatte kraft obrigkeitlicher Konzeſſion ein Schienennetz in den öffentlichen Straßen von Genua. Die liguriſche Transportgeſellſchaft „applicando il principio dell' accessione credette i binarj de' tramways cose d' uso pubblico come le strade alle quali aderivano", baute Wagen, die auf dieſe Schienen paßten, und benutzte ſie ebenfalls. Das Landgericht Genua erachtete dieſes Verfahren für zuläſſig, der Appellhof zu Genua und der Kaſſationshof zu Turin nahmen mit Recht das Gegentheil an und verwarfen das Acceſſionsprinzip. Das belgiſche Geſetz vom 10. I. 1824 erklärt den Superficiar ausdrücklich für den Eigenthümer des von ihm errichteten Bau- oder Pflanzenwerks [2]).

Auch ein Erwerb des Eingebauten durch Occupation iſt denkbar [3]), freilich nur wenn auch das Grundſtück ſelber herrenlos iſt. Denn eine Herrenloſigkeit der bloßen Superficies, z. B. in Folge des Verzichts ihres Eigenthümers, iſt nicht möglich. In dem Moment, wo er verzichtet, erwirbt der Grundeigenthümer kraft des Acceſſionsprinzips. Auch im Wege der Expropriation kann ein vom Grundeigenthum getrenntes Eigenthum am Eingebauten entſtehen. Eine Expropriation zum Zwecke einer unterirdiſchen Bahnanlage hat der Kaſſationshof anerkannt [4]).

1) Mitgetheilt von Scherer in der Zeitſchr. für franz. Civilrecht, Bd 15 S. 146, vgl. auch Coviello a. a. O., S. 170, Lucci, daſ. Bd. 52 S. 535.

2) Vgl. Du droit de superficie, art. 6: à expiration du droit de superficie la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds etc.

3) Vgl. Lucci a. a. O., S. 530.

4) Sirey, 1866, 1 S. 409.

II. Damit das Acceſſionsrecht eintreten kann, müſſen die Pflanzen, reſp. das Bauwerk mit dem Boden vereinigt, ihm inkorporirt werden (art. 551). Eine Befeſtigung iſt danach erforderlich, doch wird eine Einwurzelung der Pflanzen von den franzöſiſchen Juriſten nicht für nothwendig gehalten [1]).

III. Beſondere Beſtimmungen für den Fall, daß jemand verſehentlich über die Grenze baut, fehlen dem code civil [2]), es tritt alſo Acceſſion ein.

IV. Materialien, die der Grundeigenthümer zur Herſtellung eines Werkes auf ſeinem Grundſtück verwendet hat, gehen in ſein Eigenthum über, der Materialeigenthümer darf ſie nicht wegnehmen, er hat nur Anſpruch auf Wertherſtattung, eventuell auf Schadenserſatz. Auch nach der Wiederabtrennung vom Boden hat er kein Vindikationsrecht [3]). Ob der Grundeigenthümer gutgläubig oder bösgläubig war, iſt ohne Bedeutung. Auch ein Eigenthumsvorbehalt des Materialeigenthümers iſt wirkungslos. Den Begriff der „matériaux“ anders zu beſtimmen als nach gemeinem Recht, d. h. als Mobilien, die zur Herſtellung des Werkes dienen, iſt m. E. unbegründet [4]). Doch iſt die Auffaſſung der franzöſiſchen

1) Vgl. Demolombe a. a. O., Nr. 667, Marcadé, Expl. du cod. civ., Bd. 2 Nr. 425, Aubry u. Rau, a. a. O., § 204.

2) Anders der codice civile, der indeſſen den Bauenden übermäßig belaſtet, vgl. art. 452: „Se nella costruzione di un edificio si occupasse in buona fede una porzione del fondo attiguo, e la costruzione si fosse fatta a saputa e senza opposizione del vicino potranno l'edificio ed il suolo occupato essere dichiarati di proprietà del costruttore, il quale però sarà tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio valore della superficie occupata oltre al risarcimento de' danni.“

3) So Laurent, Bd. 6 Nr. 260, entgegengeſetzter Anſicht Demolombe a. a. O., Nr. 661, Zachariae, § 203, Aubry und Rau, § 204.

4) Daſſelbe gilt von dem codice civile, art. 449 a. E., der die Wegnahme der Materialien verbietet, „salvo che lo possa senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione“.

Jurisprudenz [1]) im Allgemeinen eine engere, ſie verſteht unter „matériaux“ nur die eigentlichen Baumaterialien, die durch die Verwendung ihre bisherige Individualität verlieren, in dem neuen Ganzen ſo zu ſagen aufgehen, und ſchließt insbeſondere die in art. 525 aufgezählten immeubles par destination aus. Ueber die Unzweckmäßigkeit dieſer Meinung kann ein Zweifel nicht beſtehen.

Für den Fall, daß ein Anderer mit den Materialien eines Dritten auf unſerem Grund und Boden gebaut hat, enthält das Geſetz keine Beſtimmung, doch macht die Frage keine Schwierigkeiten. Die Materialien theilen das Schickſal der Anlage überhaupt, werden alſo, wenn das Acceſſionsrecht eintritt, Eigenthum des Grundeigenthümers, anderenfalls des Bauherrn, die Entſchädigung des Eigenthümers der Materialien liegt ſtets dem letzteren ob [2]).

V. Die Immobiliarqualität ſcheidet ſich von der Mobiliarqualität nach andern Kriterien als nach gemeinem und preußiſchem Recht. Das franzöſiſche Recht [3]) kennt „immeubles par leur nature“, „par leur destination“, „par l'objet auquel ils s'appliquent“ (art. 517). Zur letzteren Kategorie gehören nur Rechte (art. 526), zu den erſteren beiden

1) Vgl. Toullier, Droit civil français, Bd. 3 Nr. 126 (1824), Demolombe a. a. O., Nr. 665, Laurent, Bd. 6 Nr. 221. Dagegen Crome, Allgem. Thl. d. mod. franz. Privatrechtswiſſenſch., S. 187 Anm. 30, der aber auch von einer rein äußerlichen Auffaſſung des Beſtandtheilsbegriffes ausgeht.

2) So auch Marcadé a. a. O., Nr. 432, Aubry und Rau, § 204. Eine beſondere Regelung im codice civile, art. 451.

3) Ebenſo, doch im Ganzen klarer, der italieniſche codice civile, art. 407 ff. Auch das ruſſiſche Recht ſcheint hier übereinzuſtimmen (vgl. Lehr, Éléments de droit civil russe, S. 164), während ſeine Acceſſionslehre die römiſche iſt (daſ. S. 242), im Weſentlichen übereinſtimmend auch der ſpaniſche codigo civ., art. 185—187, wo ſich auch eine Definition der Immobilien von Natur findet. Vgl. noch den portugieſiſchen codigo civ., art. 343 ff.

nur körperliche Objekte. Die immeubles par nature werden behandelt in den art. 518—521 und 523, genannt werden Grundstücke, Gebäude, befestigte Mühlen, anstehende Gewächse, Wasserleitungsröhren. Diese Aufzählung ist natürlich nicht erschöpfend, doch läßt sich eine Grenze gegen die immeubles par destination (art. 522, 524, 525) kaum ziehen [1]). Auch zu den letzteren gehören unbewegliche Sachen — im physischen Sinne (Gegensatz art. 528), — wie art. 525 ergiebt [2]). Unbeweglich und immeuble par nature ist also zweierlei. Nun sind die unbeweglichen immeubles par destination zwar immer Neben- oder Hülfssachen, die der Grundeigenthümer als solche, also zum Dienste oder zur Zierde des Grundstücks, mit ihm verbunden hat. Aber auch die unter den immeubles par nature aufgezählten Anlagen sind nicht immer Hauptsachen, z. B. können Gebäude sehr wohl bloße Hülfssachen des Grundstücks sein, man denke an die Speicher und Scheunen

1) Auch Marcadé a. a. O., Nr. 350 ff., betont dies; nach ihm ist die physische Kohärenz mit dem Boden für die Unterscheidung zwischen immeubles par nature und par destination allein maßgebend. Die Verbindung der ersteren ist „physique", die der letzteren „purement morale et intentionelle". Die Verbindung beider mit dem Grundstück muß aber auf die Dauer, à perpétuité, berechnet sein, anderenfalls bleibt auch eine physisch verbundene Sache bloßes Mobile. Das ist eine Auffassung, die der Natur der Sache entspricht, aber Marcadé giebt zu, daß der code sich ihr eben nur nähert; vgl. gegen ihn Demolombe a. a. O., Nr. 289, Kohler a. a. O., S. 31. Die Vertheidigung des cod. civ. durch Laurent, Bd. 5 Nr. 477 ff. ist zum Theil recht seltsam. Man vgl. Nr. 478: „La nature immobilise les bâtiments parce qu'ils font corps avec le sol et qu'ils sont aussi nécessaires à l'homme que le sol. Tandisque les usines sont une oeuvre artificielle c'est une création de l'industrie moderne: les inventions qui les multiplient datent de notre siècle. On ne peut pas assimilar à l'oeuvre de la nature des établissements que les hommes ont ignorés pendant des milliers d'années." Nach ihm sind auch die Schlüssel immeubles par nature (Nr. 481).

2) Vgl. Dalloz, Jurisprud. génér., 1883, I S. 169.

eines Landgutes. Immerhin dürfte aber die Unterscheidung zwischen Haupt- und Hülfssachen wenigstens einen Fingerzeig geben, wenn es sich darum handelt, festzustellen, ob eine Sache immeuble par nature oder immeuble par destination ist. Daher sind die Schienenanlagen eines Eisenbahnunternehmers immobil von Natur [1]), während diejenigen, die ein Landwirth, Sandgruben-, Bergwerksbesitzer für die Zwecke seines Betriebes gebaut hat, nur als immobil durch Bestimmung zu betrachten sind. Das Reichsgericht hat sich in diesem Sinne ausgesprochen [2]), während ein französisches Gericht [3]) auch in diesem Falle eine Immobilität von Natur angenommen hat. Daß bei der Frage, ob eine Anlage immeuble par nature ist, lediglich auf die physische Beschaffenheit derselben, auf ihre Unbeweglichkeit gesehen werden muß, nicht aber auf die Umstände, unter welchen, die Zwecke, zu denen sie errichtet wurde, sagt schon der Name. Es ist daher ganz richtig, wenn die französische Praxis [4]), wenn auch nicht ohne Kampf, sich dahin festgestellt hat, daß ein Gebäude auch dann immeuble par nature ist, wenn es nicht „à perpétuelle demeure" errichtet ist, der Kassationshof ist sogar in konstanter Judikatur so weit gegangen, ein Bauwerk für immobil zu erklären, das ein Pächter errichtet hat, der sich die Wegnahmebefugniß nach Endigung seines Rechts ausdrücklich vorbehalten hatte [5]). Da

1) So Coviello a. a. O., S. 171.

2) Ztschr. für franz. Civilr., Bd. 14 S. 604. Daß die Schienen einer Bahn Bodentheile sind, wird in der Entscheidung nicht gesagt, anders Kohler a. a. O., S. 36 Anm. 77.

3) Bourges bei Dalloz, Rép. méd. et alphab. supplém, tome I verb. biens n. 5.

4) Ebenso das bad. O.L.G. (Ann. d. bad. G., Bd. 50 S. 328).

5) Vgl. über die Frage Laurent, Bd 5 Nr. 411 ff., der mit der Mehrheit der Theoretiker dem Kassationshof entgegentritt (Nr. 416 ff.). Dalloz, Rép., tome VI verb. biens n. 19—25, Supplém. tome I n. 3—4. Vergl. auch Dalloz, Jur. génér., 1872, I S. 256, Zachariae, § 103 Anm. 8, Coviello, S. 131.

auf die körperliche Beſchaffenheit ein ſo ausſchließliches Gewicht gelegt wird, ſollte man erwarten, daß wenigſtens eine beſonders intenſive Verbindung des Bauwerks mit dem Grund und Boden erforderlich iſt, um es zu immobiliſiren. Es iſt durchaus das Gegentheil der Fall. Für Mühlen genügt es, wenn ſie „fixes sur piliers“ ſind (art. 519), und nur diejenigen Hütten, die „non fixées par des piliers“ ſind (art. 531), ſind beweglich [1]). Danach genügt jede Befeſtigung, und nur „constructions simplement posées sur le sol sans fondements ni pilotis“ ſind mobil [2]). Auch Pflanzen werden dadurch, daß bei ihrem Einſetzen von vornherein ein Wiederherausnehmen ins Auge gefaßt wird, nicht zu Mobilien. Eine Ausnahme wird nur für den Fall gemacht, „lorsqu' il s'agit d'arbres, arbustes etc. qui ont été momentanément déposés dans un terrain en attendant que l'on en dispose“ [3]).

Alles in allem ſind die Unterſcheidungen des franzöſiſchen Rechts nicht beifallswerth. Sie ſind unklar und rein äußerlich und fallen namentlich neben dem preußiſchen A.L.R. ſehr ab.

VI. Einige Worte noch über das portugieſiſche Recht [4]). Es folgt zwar im Weſentlichen dem code civil, iſt aber doch ſelbſtändig und das für den Bauenden oder

1) Klarer noch der codice civile, art. 408: Sono immobili per loro natura i terreni, le fabbriche, i mulini ed altri edifici fissi sui pilastri o formanti parte di una fabbrica.

2) Dalloz, Rép., tome VI, a. a. O. u. 19. Der Kaſſationshof hat ſogar eine auf einen gemauerten Sockel nur geſtellte, nicht befeſtigte Mühle für immobil erklärt, a. a. O. Nr. 30. Doch iſt die ſpätere Praxis mit Recht davon wieder zurückgekommen, a. a. O. Supplém., Nr. 9. Die Entſcheidung des Kaſſationshofes wird gebilligt von Zachariae, a. a. O. § 103 Anm. 20, der ſich darauf beruft, daß art. 519 fixe, nicht fixé ſage. Hiergegen mit Recht Laurent, Bd. 5 Nr. 409.

3) Dalloz, Rép., tome VI a. a. O. n. 55, Suppl., tome 1 u. 15.

4) Näheres bei Bruschy, Manual do direito civil portuguez, vol. II (Lisb. 1869) § 259, 260.

Pflanzenden günſtigſte. Der Grundeigenthümer, der mit fremden Materialien baut, wird Eigenthümer derſelben (art. 2304). Der Grundeigenthümer, der fremden Samen ausſät, fremde Pflanzen einſetzt, erwirbt das Geſäte oder Gepflanzte nur dann, wenn der Eigenthümer auf ſeine Herausgabe verzichtet (art. 2305). Das Einpflanzen als ſolches bewirkt den Eigenthumsverluſt alſo noch nicht. Wenn umgekehrt der Eigenthümer der Materialien oder der Pflanzen auf fremdem Grunde baut oder pflanzt, ſo fällt dem Grundherrn das Eingefügte nur dann zu, wenn der Beſitzer im böſen Glauben war (art. 2307). War er in gutem Glauben (art. 2306), ſo kommt es darauf an, ob der Werth der Inkorporation höher iſt als der des Grundſtücks in ſeiner urſprünglichen Beſchaffenheit, oder gleich oder geringer. Im erſten Fall behält der Beſitzer das Grundſtück, der Grundherr erhält nur Erſatz für den Verluſt desſelben, im zweiten Falle findet eine Licitation zwiſchen Eigenthümer und Beſitzer ſtatt, nur im dritten gilt der Satz superficies solo cedit. Schließlich folgt aus art. 2308, daß auch durch Kontrakt ein vom Grundeigenthum getrenntes Eigenthum an der Inkorporation begründet werden kann. Allerdings iſt hier nur von Bäumen die Rede, aber es ſteht gewiß nichts im Wege, extenſiv zu interpretiren und die Beſtimmung auch von Inädifizirtem zu verſtehen. Dieſe Spaltung des Eigenthums ſoll übrigens höchſtens dreißig Jahre dauern dürfen.

## § 5. Das engliſche und nordamerikaniſche Recht.

I. Auch das engliſche Recht enthält den Grundſatz superficies solo cedit. Zwar iſt die Faſſung eine andere, gewöhnlich: quicquid plantatur solo, solo cedit. Aber natürlich iſt das ohne Bedeutung, denn plantatur wird nicht im wört-

lichen Sinne genommen [1]). Die Bedeutung der Regel wird darin erblickt, daß alles mit dem Grundſtück Verbundene dem Rechte des Grundſtücks ſelber unterſteht [2]), ſie wird durch die überwiegende Wichtigkeit erklärt, die man in alten Zeiten den Grundſtücken gegenüber den Mobilien beigelegt habe [3]). Der Satz hat in England inſofern eine ſehr viel größere Bedeutung wie auf dem Kontinente, als das Recht, das für Grundſtücke (real estate) gilt, von dem das Mobiliarvermögen (personal property) beherrſchenden bekanntlich gänzlich verſchieden iſt, als namentlich auch das Erbrecht kein einheitliches iſt. Der Satz superficies solo cedit, ins Engliſche überſetzt, lautet: Das dem Boden Einverleibte gehört zur real, nicht zur personal property.

Aber die Regel iſt auch in England nicht zwingenden Rechtens. Sie kann, ebenſo wie im franzöſiſchen Recht, durch Vertrag mit dem Grundeigenthümer ausgeſchloſſen werden. Daher ſagt Abbott [4]): wenn jemand auf fremdem Boden pflanze, baue oder ſäe, ſo werde „prima facie and without any evidence of consent or agreement to the contrary“ das Gebaute, Gepflanzte, Geſäte Eigenthum des Grund-

1) Vgl. B. V. Abbott, Dictionary of terms and phrases, Bost. 1879, s. v. quicquid plantatur solo, solo cedit.

2) Vgl. Wharton's law-lexicon, 6. ed., Lond. 1876, s. v. fixtures.

3) J. Williams, Principles of the law of personal property, 11. ed., Lond. 1881, S. 15, Stephen, New commentaries on the laws of England, 11. ed, Lond. 1880, Bd. II B. II conclusion. Eine Anſpielung auch bei Shakeſpeare, Die luſtigen Weiber v. Windſor, II. Aufzug II. Scene:

Falſtaff: Welcher Art war denn Eure Liebe?

Fluth: Wie ein ſchönes Haus auf fremdem Grund errichtet, ſo daß ich mein Gebäude eingebüßt habe, weil ich einen unrechten Platz wählte, es aufzuführen.

4) a. a. O., s. v. quicquid plantatur etc.

eigenthümers, und Broom[1]) drückt die Regel ſo aus: Whatever is affixed to the soil becomes presumably in contemplation of law a part of it and subjected to the same incidents as the soil itself. Deshalb werden zwar Gebäude, die ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers errichtet ſind, ſein Eigenthum[2]). Aber wenn der Grundeigenthümer mit dem Bauherrn ausgemacht hat, das von dieſem zu errichtende Gebäude ſolle des Letzteren Eigenthum bleiben, ſo iſt ein ſolcher Vertrag zu Recht beſtehend[3]), und auch die nachträgliche Zuſtimmung des Grundeigenthümers hat dieſelbe Wirkung[4]). Einer ausdrücklichen Abrede bedarf es nicht, „an agreement that the structure shall be personalty can be implied from circumstances of a general kind independent of the acts of the parties, such as the nature of the article annexed, the relative situation of the parties and of their property[5]). Wenn daher das Grundſtück verkauft wird, oder ſonſtige Verfügungen darüber getroffen werden, ſo wird das Recht am Gebäude dadurch nicht berührt. Unter Berufung auf eine ganze Reihe von Entſcheidungen ſtellt

---

1) Commentaries on the common law, 6. ed., Lond. 1880, B. II ch. II S. 395. Aehnlich Insurance Co. v. Haven bei Myer, Federal decisions, Bd. 21, s. v. land § 2732.

2) Washburn, Treatise on the American law of real property, 5. ed., Bost. 1887, vol. I S. 4 ff., Schouler, A treatise on the law of personal property, 2. ed., Bost. 1884, vol. I § 113, Richtmeyer v. Morss b. Abbott, s. v. fixtures, S. 508.

3) Wells v. Banister, Taylor v. Townsend, Washburn v. Sproat bei George Curtis, Digest of the decisions in the U. S., vol. II s. v. fixtures n. 18, andere Nachweiſungen bei Schouler a. a. O., vol. I S. 127 § 113 Anm., vgl. auch Bd. 2 § 40.

4) Fuller v. Tabor bei Schouler a. a. O., § 113 S. 127 Anm.

5) Washburn a. a. O., S. 5 Anm. 1 und die dort citirten Entſcheidungen.

Washburn[1]) das Prinzip auf: Where a building is erected upon the land of another under an agreement that the builder may remove it, it will remain his personal property: nor would a sale of the realty under process of bankruptcy against the land-owner pass any title to the building. Doch kann in der Veräußerung des Grundſtücks eine Zurücknahme der Bauerlaubniß liegen[2]). Auch ein Sonderrecht an einem einzelnen Zimmer wird anerkannt[3]). Ebenſo iſt bei Pflanzungen ein vom Grundeigenthum getrenntes Eigenthum an der Superficies möglich. Insbeſondere wird ein Eigenthumsvorbehalt an Bäumen eines übereigneten Grundſtücks für zuläſſig gehalten. Sie gelten als vom Boden getrennt „in contemplation of law“[4]). Auch eine Uebereignung von Bäumen ohne den Boden wird geſtattet[4]). Austin[5]) bemerkt in einer Vorleſung über die römiſche Superficies, daß auch nach engliſchem Recht ein getheiltes Eigenthum möglich ſei, und daß dann die eine Perſon habe „a freehold in the soil“ und die andere „a freehold in the vesture“, als Beiſpiel für letzteres erwähnt er „the right of cutting grass“. Ein jus in re aliena liegt nach ihm hier nicht vor. Er entſcheidet ſich für die Annahme eines „condominium or joint ownership“.

Indeſſen es giebt Fälle, in denen es des Verzichts des Grundeigenthümers auf das Acceſſionsrecht, ſeiner Zuſtimmung zu einem vom Bodeneigenthum getrennten Eigenthum am Eingebauten und Eingepflanzten nicht einmal bedarf. Auch ohnedem tritt das Acceſſionsprinzip nicht ein.

---

1) a. a. O., S. 9.

2) Dame v. Dame bei Washburn a. a. O., S. 8.

3) Washburn a. a. O., S. 18 Nr. 11.

4) Williams a. a. O., S. 19. Vgl. auch Lehr, Eléments de droit civil anglais (1885), Nr. 609.

5) Lectures on jurisprudence, Bd. 2 (London 3. ed. 1869), lect. 52 S. 881.

Dieſer zweite Ausnahmefall führt auf ein ſpezifiſch engliſches Inſtitut, das der fixtures. Der fixtures-Begriff iſt ein in der engliſchen Jurisprudenz nicht feſtſtehender, im Gegentheil es herrſcht, wie die Engländer ſelber nicht verſchweigen, ziemliche Konfuſion [1]).

Zunächſt giebt es einen weiteren und einen engeren Begriff der fixtures. Im engeren Sinne ſind fixtures nur ſolche Sachen, welche mit dem Erdboden direkt oder indirekt verbunden ſind. Namentlich in der amerikaniſchen Jurisprudenz wird aber neben der wirklichen „annexation" auch eine „constructive" für ausreichend gehalten, die amerikaniſche Jurisprudenz kennt „constructive fixtures". Als Beiſpiele werden die Erwerbstitel des Grundſtücks genannt, die Schlüſſel, ja die heirlooms [2]), das Wild im Parke, die Fiſche im Teich, die Tauben im Taubenhaus [3]). Auch unbefeſtigte Maſchinen, die zur Betreibung eines Gewerbes auf dem Grundſtück dienen, ſind als fixtures behandelt worden; in den amerikaniſchen Fällen Farrar v. Stackpole [4]) und Pyle v. Pennock [5]) wird treffend darauf Gewicht gelegt, daß die Maſchine ein

---

1) Vgl. auch Kohler a. a. O., S. 165.

2) Ueber den Begriff der heirlooms — auch er iſt beſtritten — vgl. Williams a. a. O., S. 13/14, Schouler a. a. O, Bd. I §§ 95—99 u. a.

3) John Bouvier, A law dictionary, Philad. 1875, s. v. fixtures a. A., Walker, Introdnction to American law, 6. ed., Bost. 1874, lect. 28 § 128, Kent, Commentaries on American law, 12. ed., 1873, Bd. 2 lect. 35.

4) A. Brown, The law of fixtures, 4. ed., 1881, Nr. 64 a.

5) J. Phelps Putnam, Supplement to the U. S. Digest, vol. 2, 1851, s. v. fixtures, Nr. 18. Vgl. auch Equitable trust company v. Christ bei Myer a. a. O., Bd. 21, s. v. land § 2720, Voorhis v. Freemann bei Abbott a. a. O., S. 506, aber auch Despatch, Line of packets v. Bellamy Man. Co. bei Putnam a. a. O, Nr. 5, Bouvier a. a. O.

weſentlicher Theil des Gebäudes war, ſo daß es ohne ſie aufgehört hätte, „to be such manufactory". In Waldleigh v. Janvrin [1]) wird entſchieden, daß die fixture-Eigenſchaft auch durch zeitweilige Trennung von der Hauptſache, z. B. zum Zwecke der Reparatur, nicht aufgehoben werde. Stimson [2]) erklärt die immeubles par destination des Civilgeſetzbuchs von Louiſiana mit „fixtures". Im Geſetzbuch von Georgia werden die fixtures definirt als „anything intended to remain permanently in its place, though not actually attached to the land (as e. g. rail-fences)" [3]). Schouler [4]) giebt als Grund dafür, daß auch unbefeſtigte Sachen zu den fixtures gerechnet werden, an die „logical connection which they bear to the real estate, their fitness, or, as it is said, their use or destination". Die fixtures by construction entſprechen danach ungefähr dem feſtländiſchen modernen Pertinenzbegriff, doch iſt dieſer weiter, er umfaßt auch befeſtigte fixtures.

Doch mit den constructive fixtures haben wir uns hier nicht zu beſchäftigen. Sie ſind zwar real property, aber dem Acceſſionsprinzip natürlich nicht unterworfen.

Was die befeſtigten fixtures anlangt, ſo gehören zu ihnen jedenfalls nicht ſolche Objekte, die „constitute part of the principal subject", wie die Mauern und die Flure eines Hauſes, während die Fenſter zu den fixtures allerdings gerechnet werden [5]). Fixtures ſind nach einem anderen Juriſten [6]) „something not originally constructed as part of a building,

1) Abbott a. a. O. S. 506.

2) American Statute Law, Bost. 1886, Bd. 1 § 1300.

3) Stimson a. a. O.

4) a. a. O., Bd. 1 § 99.

5) Stephen a. a. O., ebenſo nach Abbott (s. v. fixtures) Mozley and Whiteley.

6) Chitty bei Abbott a. a. O.

but formerly a movable chattel and afterwards annexed to the building or land for the more convenient enjoyment thereof". Danach wird man als fixtures nur ſolche Objekte zu betrachten haben, die trotz der Verbindung ihre bisherige Individualität wenigſtens einigermaßen konſervirt haben, was man für Fenſter, Thüren, Oefen annehmen kann, für den einzelnen Mauerſtein aber z. B. nicht. Weiter muß „some actual union or connection with the principal subject" beſtehen, ein bloßes in Kontakt Bringen mit dem Immobile genügt nicht. Daher ſind an den Wänden aufgehängte Bilder und Scheunen von Holz, die nur durch ihr eigenes Gewicht auf einem ſteinernen Unterbau feſtſtehen, aber nicht befeſtigt ſind, keine fixtures [1]).

Im übrigen iſt es am gerathenſten und zweckmäßigſten, unter fixtures mit der modernen Geſetzgebung alle dem Boden eingefügten Mobilien zu verſtehen, ohne Rückſicht darauf, vom wem ſie eingefügt ſind, ob ſie trennbar ſind oder nicht, ob ſie loſe oder feſt verbunden ſind. Die Auffaſſung der engliſchen Juriſten iſt zum Theil eine erheblich engere. Es fragt ſich nun: Iſt alles dem Boden Eingefügte Beſtandtheil desſelben und damit real property? Das iſt nach der herrſchenden, allerdings nichts weniger als unbeſtrittenen [2]) Meinung nicht der Fall, es muß ein Doppeltes hinzukommen, die Verbindung muß eine feſte ſein, und ſie muß eine dauernde ſein.

Das Prinzip wurde in Hellawell v. Eastwood von Baron Parke (1851)[3]) im Anſchluſſe an Amos und Ferard [4])

1) Stephen a. a. O., Schouler a. a. O., Bd. 1 § 113 Bouvier a. a. O. und die Entſcheidungen bei Dixon, Law of the farm, 2. ed., London 1859, S. 359 ff., und Brown a. a. O., Nr. 53.

2) Man vgl. die zahlreichen Nachweiſungen bei Schouler a. a. O., § 113 (S. 125 Anm. 3).

3) Kent a. a. O., S. 343 Anm. 1.

4) Sweet, A dictionary of English law, Lond. 1882, s. v. fixtures Anm. 6.

aufgeſtellt: Whether a chattel when fixed is parcel of the freehold, heißt es, is a question of fact, in determining which it is important to consider the mode of annexation to the soil or fabric, that is, whether it can easily be removed integre, salve et commode, without injury to itself or to the fabric of the building; and in the next place, whether it was for the permanent and substantial improvement of the freehold, or merely for the temporary purpose or the more complete enjoyment and use of it as a chattel. In Hellawell v. Eastwood [1]) handelte es ſich um Spinnmaſchinen, die eingeſchraubt waren. Die Schrauben waren theils in den hölzernen Fußboden eingelaſſen, theils in die Steinfugen, welche zu dieſem Zweck mit geſchmolzenem Blei ausgefüllt waren. Die Beſtandtheilseigenſchaft wurde verneint. Auch in dem amerikaniſchen Falle Swift v. Thompson [2]) ſtand eine Maſchine, die nur durch Schrauben und Nägel befeſtigt war, in Frage Auch hier wurde entſchieden: If it can be removed without injury to the building or to itself, is personal property. In der gleichfalls amerikaniſchen Entſcheidung Beers v. Knapp [3]) heißt es: Under the laws of Connecticut a mechanic's lien is confined to the buildings, and is for work and materials bestowed on them. It does not include machinery or fixtures not necessarily connected with and forming part of the buildings, nor fences or blocks, or timber for triphammers or any other frame work or supports for machinery which can be put in

1) Vgl. Harrison, Analytical digest, Bd. 1, 1856, s. v. fixtures, Dixon a. a. O., S. 361.

2) Curtis a. a. O., Nr. 13.

3) Myer a. a. O., Bd. 22 s. v. liens § 174. Ueber die liens ſiehe Williams a. a. O., S. 34 ff., Lehr a. a. O., S. 392 ff.

or taken out without disturbing the buildings. Freilich iſt auch das Gegentheil angenommen worden [1]). In Wood v. Hewitt, Rex v. Otley, Mant v. Collins [2]) ferner wurde ausgeſprochen: Where a chattel has been annexed by its owner to another's freehold, but may without injury to the freehold be severed, it is not necessarily to be inferred from the annexation that such chattel becomes the property of the freeholder. Deshalb wurde eine Thür, die aus den Angeln gehoben werden konnte, und eine Stauvorrichtung bei einer Waſſermühle für ſelbſtändig erklärt. Williams [3]), der den Fall Squire v. Mayer [4]) allegirt, iſt derſelben Anſicht für angenagelte, nicht eingelaſſene Spiegel und für angeheftete Tapeten. Zu welchem Zwecke die Verbindung erfolgt iſt, iſt dabei gleichgültig. So heißt es in Providence Gas Co. v. Thurber und in Mc. Clintock v. Graham [5]): A personal chattel becomes a fixture so as to form a part of the real estate, when it is so affixed to the freehold as to be incapable of severance without injury thereto, and this whether the annexation be for use, for ornament or from mere caprice. Am weiteſten gehen zwei amerikaniſche Entſcheidungen: Cross v. Marston [6]), wo zum Eigenthumsverluſt geradezu gefordert wird, das Eingefügte müſſe ſeine Individualität verloren haben, und Ford v. Cobb (1859) [7]). Hier hatte ſich der Lieferant das Eigenthum an Keſſeln für ein Salzwerk wegen rückſtändigen Kauf-

1) In der vom Hauſe der Lords entſchiedenen Sache Fisher v. Dixon (Schouler a. a. O., § 119 S. 132).

2) Harrison s. v. fixtures, Dixon a. a. O., S. 361.

3) a. a. O., S. 18.

4) Vgl. aber über dieſen Fall Brown a. a. O., S. 189 Anm. a.

5) Abbott a. a. O., S. 506.

6) Putnam a. a. O., Nr. 10—12.

7) Brown a. a. O., Nr. 55.

preiſes vorbehalten. Die Befeſtigung der Keſſel war eine ſtarke, nur unter Zerſtörung des Mauerwerks konnten ſie wieder entfernt werden. Der Salzwerksbeſitzer veräußerte dann das Werk an einen Dritten, der von dem Eigenthumsvorbehalt nichts wußte. Es wurde angenommen, daß die Keſſel trotzdem personal property des unbezahlten Lieferanten geblieben ſeien. „They were not absorbed or merged in the realty: their identity as personal chattels was never lost. They were originally personal property, and the agreement in question preserved their character of personalty.“ Wenn der Eigenthumsvorbehalt nicht getroffen wäre, hätte der Gerichtshof nach der Art der Befeſtigung der fixtures angenommen, daß ſie Theile des Grundſtücks geworden und auf den Erwerber des Salzwerks übergegangen wären.

Daß nur dauernde Kohärentien des Bodens Theile desſelben ſind, kann man aus Washburn [1]) folgern: If the builder have a permanent interest in the land, such as the husband of the tenant in fee [2]) or reversioner or remainderman has, or be in possession under a contract of purchase, or if his intent be referable to a permanent holding, the structure becomes at once a part of the realty. Dagegen ſind nicht entſcheidend die zahlreichen Urtheile [3]), in denen es heißt: It is the permanent and habitual annexation and not the manner of fastening that determines when personal property becomes part of the realty. Denn wie die constructive fixtures zeigen, kann etwas

1) a. a. O., S. 5 Nr. 4.

2) Ueber dieſen Fall vgl. auch Washburn v. Sproat bei Schouler, S. 127 Anm. 1, Glidden v. Bennett bei Washburn a. a. O., S. 5 N. 3.

3) Vgl. beſonders Abbott a. a. O., S. 506.

„part of the realty“ ſein, ohne doch zu den Beſtandtheilen im Sinne des feſtländiſchen Rechts zu gehören. Aber in der heutigen amerikaniſchen Jurisprudenz tritt allerdings die Neigung hervor, auch in der Acceſſionslehre auf die dauernde und überhaupt auf die innere Verbindung mit dem Grundſtück das entſcheidende Gewicht zu legen, die Feſtigkeit des körperlichen Zuſammenhanges aber als etwas Nebenſächliches zu behandeln. Das bezeugen Washburn [1]) und Schouler [2]) und zahlreiche Gerichtsurtheile [3]). In England iſt man noch entgegengeſetzter Anſicht.

Der Satz superficies solo cedit muß aber noch weiter eingeengt werden. Es ſind nicht alle feſt und auch nicht alle dauernd verbundenen Sachen Theile des Bodens und real property. Allerdings war das nach älterem engliſchen Recht der Fall. Das ältere engliſche Recht war ungemein ſtreng, es war ſtrenger noch als das römiſche, indem es dem ehemaligen Eigenthümer des dem Boden Einverleibten auch das Trennungsrecht verſagte. Heutzutage beſteht aber ein ſolches Trennungsrecht in weitem Umfange, vor allem für den tenant for years, den Pächter, gegenüber dem Grundherrn, dem landlord. Die Frage iſt die, ob dadurch auch das eigentliche Acceſſionsprinzip durchbrochen worden iſt, d. h. ob die Kohärentien, die jetzt dem jus tollendi unterliegen, auch dem Acceſſionsprinzip nicht mehr unterworfen ſind, alſo Eigenthum des Pächters bleiben. Es iſt das ſehr zweifelhaft, aber das engliſche Recht ſcheint in der That ſo weit zu gehen.

Dafür ſpricht Folgendes:

a) Die engliſchen Juriſten nennen das Trennungsrecht eine Ausnahme von dem Satze quicquid plantatur solo, solo

1) a. a. O., S. 22 Nr. 18.

2) a. a. O., § 114, vgl. auch § 113 Anm. 3.

3) Vgl. beſonders Abbott a. a. O., S. 506 Sp. 2.

cedit. Besonders deutlich ist hier Abbott[1]), der bemerkt, daß der Satz zur Zeit nur noch auf solche Sachen „in strictness applicable" sei, die „may not of right be severed from the freehold".

b) Sweet[2]) theilt die fixtures ein in „landlord's fixtures" und in „tenant's fixtures". Erstere sind diejenigen, welche „belong to the landlord", letztere die, welche „belong to and may be removed by the tenant".

c) Bouvier[3]) führt aus, daß, wenn der Pächter die fixtures, die er wegnehmen könnte, bei seinem Abzuge auf dem Gute zurücklässt, das Eigenthum (the property) an ihnen unmittelbar auf den Grundherrn übergehe. Wenn er sie auf dem Gute zurücklassen wolle, um sie dem neuen Pächter zu verkaufen, so müsse er sich die Einwilligung des Grundherrn hierzu verschaffen, „otherwise he will lose his property in them entirely".

d) Entscheidender noch ist die Fassung der einschlägigen agricultural holdings acts. Das Gesetz vom 27. VII. 1851 (14 u. 15 Vict. c. 25) bestimmt unter III, daß die vom Pächter errichteten „buildings, engines and machinery" unter gewissen, hier nicht interessirenden Voraussetzungen sein sollen „the property of the tenant and shall be removable by him, notwithstanding that the same or any

1) a. a. O., s. v. quicquid plantatur. Vgl. ferner Wharton s. v. fixtures; von den fixtures, die der tenant einfügt, heißt es: the property by being annexed to the land, immediately belongs to the freeholder, als Ausnahmen werden dann die Fälle aufgeführt, in welchen der tenant ein Trennungsrecht hat. Aehnlich Abbott, s. v. fixtures, S. 505, Kent a. a. O., Lect. 35, S. 343, Bouvier, s. v. fixtures, Nr. 3.

2) a. a. O., s. v. fixtures, § 3. Vgl. auch J. W. Smith, A manual of common law (7. ed., Lond. 1876), P. III tit. 2 cap. 2 p. 195.

3) a. a. O., Nr. 7. Aehnlich Kent a. a. O., S. 347. If not removed during the term, they become the property of the landlord. Washburn, S. 32 Nr. 30.

part thereof may be built in or permanently fixed to the soil". Die Akte vom 25. VIII. 1883 (46 u. 47 Vict. c. 61) erklärt in § 34 fixtures, die vom tenant herrühren, für Eigenthum (property) desselben und giebt ihm das jus tollendi. Dieselbe Bestimmung findet sich im § 53 der agricultural holdings act 38, 39 Vict. c. 92 und im § 30 der schottischen agricultural holdings act, 46, 47 Vict. c. 62. Durch diese Gesetze ist das jus tollendi des tenant erheblich erweitert worden; es scheint mir klar, daß fixtures, die der tenant schon kraft Gewohnheitsrechts trennen kann, nicht anders behandelt werden dürfen, d. h. daß sie ebenfalls sein Eigenthum bleiben, nicht in das Eigenthum des Landlords fallen.

e) Es finden sich Entscheidungen, die sich als Konsequenzen des Eigenthumsrechts des Trennungsberechtigten darstellen.

In der amerikanischen Sache Raymond v. White [1]) wird ausgesprochen: As between landlord and tenant, property fixed to the premises by the latter for manufacturing purposes belongs to the tenant: and a conveyance of the premises by the landlord will not carry such fixture to the grantee as appurtenant to the premises. Die in Rede stehenden fixtures theilen also nicht das Schicksal des Grundstücks; daraus folgt, daß sie keine Bestandtheile desselben sind. In der gleichfalls amerikanischen Sache Wilgus v. Gettings [2]) heißt es wenigstens: Buildings erected on leased land by the tenant, for the purposes of his business, upon the faith of at least an implied license, given and sanctioned by the owner, will not in equity be treated as part of the realty in the

1) Curtis a. a. O., s. v. fixtures, Nr. 5.
2) Abbott a. a. O., S. 508.

hands of a subsequent purchaser obtaining title with a full and actual knowledge of such license. Die Entſcheidungen Mott v. Palmer, Ford v. Cobb, Smith v. Benson, Tifft v. Horbon, Eaves v. Estes, Dame v. Dame, Hinckley v. Baxter ergeben nach Washburn [1]) den Satz: A building or chattel annexed by one to anothers land, but with a right of removal, may remain personalty even as against the vendee or mortgagee of the landowner so long as it is identifiable and severable. Allerdings iſt in einer Reihe von amerikaniſchen Entſcheidungen auch angenommen worden, daß, wenn der Eigenthümer das Grundſtück verpfände, ſein tenant hinſichtlich der tenant's fixtures dem Pfandgläubiger gegenüber kein weitergehendes Trennungsrecht habe, als der Grundherr hinſichtlich der ſeinigen [2]).

Die trennbaren fixtures haben ihre eigenen, von denen des Grundſtücks unabhängigen Schickſale.

Sie können von den Gläubigern des tenant im Wege der Mobiliarexekution [writ of fieri facias [3])] gepfändet werden. So ſchon der Poole's case (1704 [4]), ferner Richter Sergeant in der amerikaniſchen Sache Lenar v. Miles [5]): The general principle is, that a fixture erected by a tenant on demised premises for the purpose of carrying on his trade is personal property and may be levied on by fi. fa. against him, and at his death (if not sooner disposed of) it passes to his executor. Die fixtures, die dem Freeholder gehören, können dagegen

1) a. a. O., S. 10 Anm. 4.

2) Vgl. Brown a. a. O., Nr. 36.

3) Vgl. darüber Schuſter, Bürgerliche Rechtspflege in England, S. 214.

4) Vgl. Brown a. a. O., Nr. 49 a.

5) Brown a. a. O., Nr. 17. Vgl. auch Stephen a. a. O., S. 218.

nur durch Immobiliarexekution [writ of elegit [1])] in Beſchlag genommen werden [2]).

Das, was für die Gläubiger gilt, gilt auch für den Grundherrn, er kann die removiblen fixtures des Pächters, der mit dem Pachtzins im Rückſtande iſt, pfänden und verkaufen (distress for rent). So wenigſtens das heutige Recht, nach dem älteren durfte der Verpächter nichts wegnehmen, was er nicht in derſelben Geſtalt zurückgeben konnte [3]).

Die trennbaren fixtures gehen auf den Mobiliarerben des tenant über. So Lord Hardwicke in Lawton v. Lawton (1743) [4]): Upon the whole, I think this fire-engine ought to be considered as part of the deceased's personal estate, and go to the executor for the increase of assets.

Sie können verpfändet werden. In Lamphere v. Lowe [5]) wird ausgeführt: Fixtures erected by a tenant during his term .... are in law deemed personal property and may be mortgaged as chattels, or levied on as personalty and sold upon execution. Von den fixtures des Eigenthümers gilt das nicht. Hier iſt eine Verpfändung ohne vorausgegangene Trennung unzuläſſig [6]). Sie können verkauft werden. In Miller v. Baker [7]) klagte der Käufer von ungetrennten, aber removiblen tenant's fixtures gegen den Sheriff, der ſie in Beſchlag genommen hatte. Er bekam Recht, der Kauf wurde als zu

1) Vgl. Schuſter, S. 216.

2) Vgl. Winn v. Ingleby bei Brown a. a. O., Nr. 70b.

3) Brown a. a. O., Nr. 44 ff., Pollock, Das Recht des Grundbeſitzes in England (überſ. v. Schuſter, 1889), S. 190 ff.

4) Vgl. Brown a. a. O., Nr. 23.

5) Abbott a. a. O., S. 508.

6) So Washburn a. a. O., S. 6.

7) Brown a. a. O., Nr. 30.

Recht bestehend anerkannt. Werden die fixtures beschädigt, so kann der tenant eine Schadensersatzklage anstrengen. Vgl. die irische Entscheidung Barnet v. Lucas [1]), in der allerdings die Bezeichnung der fixtures als „personal chattels" zurückgewiesen wird.

In der amerikanischen Sache Kutter v. Smith [2]) hatte sich der Kläger auf ein Sondereigenthum an einem Wohnhause berufen, das er als Pächter auf des Beklagten Grunde errichtet hatte. Das wird zurückgewiesen: „The well settled rule is, that such erections as this become a part of the land as each stone and brick are added to the structure. The only exceptions to this rule are the class of fixtures already adverted to (das sind diejenigen, die der Pächter beseitigen kann) and such rights as may grow out of express contract."

Freilich kommen Aeußerungen und Entscheidungen vor, wonach die fixtures Eigenthum des Landlords sind, und nur ein Trennungsrecht des tenant besteht.

In der Sache Heap v. Barton [3]) bemerkte Lord Jervis: May not the rule be this that the fixtures are the landlord's, subject to the tenant's right to remove them during his term? In Lee v. Risdon [4]) wird eine Aeußerung von Gibbs, C. J., citirt: Many of these articles (household fixtures and furniture) though originally goods and chattels, yet when affixed by a tenant to the freehold cease to be goods and chattels by becoming part of the freehold; and though it is in his power to reduce them to the state of goods and chattels again by severing them during his term, yet until they are severed

1) Vgl. Brown, Nr. 49 a.
2) Myer, Federal decisions, Bd. 22, v. landlord and tenant, § 233.
3) Vgl. Dixon a. a. O., S. 366.
4) Brown, Nr. 49 a.

they are a part of the freehold. Schouler[1]) nimmt an, daß die tenant's fixtures „seem to be and to remain part of the realty; and unless this right of removal is exercised within a suitable period, they pass with the land". Deshalb unterwirft er sie auch den Retentionsrechten (liens), welche am Boden bestehen, und er will wegen ihrer dem Pächter keine action of replevin, of trover, of assumpsit for goods sold and delivered[2]) geben. Die action of trover wird auch in mehreren Gerichtsurtheilen dem Pächter versagt[3]). Freilich ist das nicht durchaus entscheidend. Denn die genannten Klagen beziehen sich ausschließlich auf chattels personal, und es kann etwas personal property sein, ohne doch deswegen zu den chattels personal zu gehören[4]). Auch Brown[5]) stellt das Eigenthum des Pächters an den trennbaren, fest verbundenen fixtures in Abrede, sie sind „interest in land, defeasible by the act of the tenant, who has the right to remove them". Das von ihm beigebrachte Material ist freilich nichts weniger als erschöpfend, sein Hauptargument, daß auch die trennbaren fixtures für die Armensteuer (poor-rate) „land" seien, ist nicht überzeugend; in den von Brown citirten Entscheidungen wird die Frage, wessen Eigenthum die tenant's fixtures sind, zum Theil sogar ausdrücklich offen gelassen[6]). In Williams' Saunders' Reports[7]) heißt es: „Damages may be recovered

1) Bd. 1 § 129.

2) Siehe über diese Begriffe Williams, S. 29 ff., 3, 93.

3) Vgl. B. Parke in Minshal v. Lloyd (Brown, a. a. O., Nr. 63), ex parte Reynall Mackintosh v. Trotter (das. Nr. 74). Es kommen aber auch entgegengesetzte Entscheidungen vor.

4) Vgl. auch T. Baldwin, A concise treatise upon the law of bankruptcy (4. ed., Lond. 1884), S. 158.

5) a. a. O., Nr. 49 ff.

6) Vgl. R. v. Gnest bei Brown, Nr. 49 d (S. 97, 100).

7) Citirt bei Brown, Nr. 49 e.

in tresspass for taking fixtures, describing them as goods and chattels. However, until severed from the freehold they are not goods and chattels at all, but parcel of the freehold. But the tenant may sell the right to remove them; . . . and such a sale is not a sale of any interest in land". In Mackintosh v. Trotter [1]) ſagt Baron Parke: „The principle of law is, that whatsoever is planted in the soil belongs to the soil — quidquid plantatur solo, solo cedit; that the tenant has the right to remove fixtures of this nature during his term, or during what may (for this purpose) be called an excrescence on the term; but that they are not goods and chattels at all, but parcel of the freehold, and as such not recoverable in trover". In der amerikaniſchen Sache Hays v. New York Gold-Mining Co. [2]) wird ausgeſprochen: Fixtures placed upon land by a tenant after it has been sold on execution, but before the sheriff's deed, become part of the realty, subject to the tenant's right of removal, if they are trade-fixtures. Auch hier wird alſo nicht ein Eigenthums-, ſondern ein bloßes Trennungsrecht des tenant anerkannt.

Alſo gewiß iſt die Frage, ob der Trennungsberechtigte Eigenthümer der fixtures iſt, zweifelhaft, ich habe daraus kein Hehl gemacht. Aber ich meine doch, nach dem mitgetheilten Material ſpricht mehr für die Bejahung als für die Verneinung. Uebrigens bin ich ausführlich genug geweſen, um jedem Leſer die Bildung eines eigenen Urtheils zu ermöglichen. Auch iſt das Eigenthum des tenant jedenfalls ein begrenztes. Es beſteht nur ſo lange, als er ſich im Beſitze des Grundſtücks befindet. Verläßt er es, ohne ſein Trennungsrecht aus-

1) Brown a. a. O., Nr. 74.
2) Myer a. a. O., Bd. 21, s. v. land, § 2730.

geübt zu haben, so verliert er das Eigenthum an den fixtures an den Grundherrn. Natürlich können sie nachher auch nicht mehr zu Gunsten der Gläubiger des tenant gepfändet werden [1]).

Wann besteht nun ein Trennungsrecht? Gewohnheitsrechtlich nur für den tenant for years, den Pächter und Miether, die Ausdehnung auf andere tenants ist bestritten [2]) und deshalb nicht als Gewohnheitsrecht anzuerkennen. Das Gesetzesrecht geht weiter.

Die älteste Spur dieses Gewohnheitsrechts weist die Zeit Heinrichs VII. (1485—1509) auf, wo einem Pächter gestattet wurde, einen Schmelzofen (furnace) und andere Färbereigeräthschaften (vats or vessels) zu entfernen [3]). Indessen scheint diese Anregung zunächst fruchtlos geblieben zu sein. Erst unter der Regierung der Königin Anna wurde sie durch Lord Holt in der King's Bench wieder aufgenommen. In dem Poole's case (1704) gestattete er dem tenant die Wegnahme von Gefäßen zur Seifensiederei und stellte zugleich das Prinzip auf, daß die dem Gewerbe des Pächters unmittelbar dienenden Einrichtungen von ihm entfernt werden könnten, „in favour of trade and to encourage industry". Freilich hatte der Landlord an der Zurückhaltung hier auch kein sonderliches Interesse. Er hätte, um diese fixtures genügend verwerthen zu können, wieder einen Pächter finden müssen, der gerade dasselbe Gewerbe und in derselben Weise betrieb, wie der bisherige Pächter, und das konnte er natürlich nicht erwarten. Hier stand der Idee der Billigkeit also kein erheb-

1) B. Parke in Minshall v. Lloyd (Brown a. a. O., Nr. 63).

2) Vgl. Encyclopaedia Britannica, vol. 9 s. v. fixtures (9. ed., Edinb. 1879, S. 274).

3) Vgl. Ness v. Pacard bei Myer, Bd. 22, s. v. landlord and tenant, § 234 S. 90, Brown a. a. O., Nr. 22.

liches egoistisches Interesse entgegen, deshalb siegte sie, und ihr Sieg ist ein vollständiger gewesen. Das jus tollendi des Pächters ist anerkannt worden für: Backöfen, Salzpfannen, Feuerplatten, Roste, Spinn- und Kämmmaschinen, Tuchpressen, für Vorrichtungen zur Obstweinbereitung, zur Seifensiederei, zur Lohgerberei, für Destillirapparate, Mühlsteine, Pumpen, Maschinen in Eisenhütten und Kohlenbergwerken, für Maischbottiche, auch für einen Tanzsaal, den er als Gastwirth erbaut hatte. Einem Miether in Missouri wurde gestattet, seine im Boden befestigte, mit solidem Mauerwerk umgebene und am Gebäude festgenagelte hydraulische Presse fortzunehmen [1]). Ebenso wurden die Steinpfeiler, auf denen eine Eisenbahnbrücke ruhte, für Nicht-Accessionen des Grundes und Bodens erklärt [2]). In Penton v. Robart (1801) [3]) wurde die Wegnahme des hölzernen Oberbaues einer Firnißfabrik gestattet. In van Ness v. Pacard (1829) [4]) wurde von einem Gebäude, das der Pächter zum Betriebe der Milchwirthschaft erbaut hatte, in dem er aber auch mit seiner Familie und seinem Dienstpersonal wohnte, angenommen: „that as the residence of the family was auxiliary to the dairy, it was for the accommodation of this trade and removable by the tenant. It would have been otherwise, if the house had been built principally for a dwelling-house.“ In Whitehead v. Bennett [5]) wurde ausgesprochen: Accessorie or adjuncts to trade fixtures, and which have no other existence or purpose, may be removed with the fixtures — such as

1) Dreßing, Das gemeine Recht der V. St. von Amerika (1866) § 81 S. 123.

2) Walker a. a. O., Washburn, B. 1 ch. 5 sect. 4 n. 28 S. 154).

3) Brown a. a. O., Nr. 25.

4) Myer a. a. O., s. v. landlord and tenant, § 234.

5) Dixon a. a. O., S. 363.

sheds (Schuppen). Gärtnern und Baumschulenbesitzern wurde die Wegnahme von Bäumen und Sträuchern bewilligt, die sie auf dem gepachteten Grundstücke zum Zwecke des Verkaufes eingepflanzt hatten [1]).

Das jus tollendi des Pächters wurde dann weiter ausgedehnt. Es eroberte sich die fixtures „for ornament or convenience", also die Einrichtungen, die der tenant zur Ausschmückung oder zur bequemeren Benutzung des Pachtgrundstücks getroffen hatte. Auch hier spielen noch subjektive Momente eine Rolle, Geschmacksrichtungen, besondere Neigungen und Bedürfnisse. Auch hier hatte daher der Landlord kein allzu großes Interesse, der Wegschaffung entgegenzutreten. Aber immerhin waren die Gerichte hier schon weniger liberal als in dem ersten Ausnahmefalle. Das jus tollendi ist anerkannt worden für: Tapeten, befestigte Pfeilerspiegel, Kaminverzierungen, Marmorstücke zur Bekleidung der Wände und andere Täfelungen, für Fensterschirme, Roste, Heiz- und Kochöfen, Badeeinrichtungen, befestigte Betten, Tische, Schränke, Uhrgehäuse, Kaffee- und Malzmühlen, Regale, Glocken und Glockenstränge. Das jus tollendi ist dagegen nicht anerkannt worden für Thüren [2]), Fenster [3]), Schlösser und Schlüssel, Wasser- und Gasröhren, die in der Erde oder in der Mauer liegen, für die Dielen. Denn diese Gegenstände sind speziell für das Haus hergestellt und dienen zu seiner Vollendung, sie gewähren überdies für sich nur geringen Nutzen, während der Schade, der durch ihre Wegschaffung entsteht, ein beträchtlicher ist [4]). Ebensowenig dürfen vom Pächter beseitigt werden

1) Schouler a. a. O., § 100, Brown a. a. O., Nr. 30.

2) Nach der Ansicht des Richters Pirryam in dem Cooke's case (Brown, Nr. 9) gilt das nur für Außen-, nicht für Innenthüren.

3) Vgl. Warner v. Fleetwood bei Brown Nr. 9.

4) Bouvier a. a. O., Schouler a. a. O., § 122.

„all substantial additions to the premises“, wie Aufbewahrungshäuser, Gewächshäuser (anders, wenn der Pächter von Beruf Gärtner ist), Ställe und sonstige „Außenhäuser“, Sträucher und Blumen (wo aber auch wieder für den Gärtner eine Ausnahme gemacht werden muß). Es ist ausgesprochen worden, daß alles „part of the realty“ werde, was der Pächter errichte „for the better enjoyment of his term“, „to complete the house“ [1]), was ist „barely necessary and completory or accessory to some res principalis“ [2]).

Mit Strenge ist ferner von der englischen Praxis daran festgehalten worden, daß fixtures, die landwirthschaftlichen Bedürfnissen und Zwecken dienen, nicht removibel sind [3]). Hier war das Interesse des Landlords ein ganz anderes als in den ersten Fällen, denn diese landwirthschaftlichen fixtures sind auch für den neuen Pächter brauchbar und können daher von dem Verpächter gut verwerthet werden. Hier hat denn auch das materielle Interesse über die Billigkeit gesiegt. Allerdings ist wenigstens ein Versuch gemacht worden, das Trennungsrecht des Pächters auf landwirthschaftliche fixtures auszudehnen. In der Sache Dean v. Allalley (1799) gestattete Lord Kenyon die Beseitigung von holländischen Scheunen (Dutch barns), die der Pächter auf einem Steinfundament aufgebaut hatte. Allein dieser Versuch ist der einzige geblieben, die spätere Praxis hat sich alle Mühe gegeben, ihn wegzuinterpretiren. Daß man in Amerika liberaler war, ist natürlich. Hier lag es im Interesse der Eigenthümer selber, die Pächter einigermaßen günstig zu stellen, denn hier hatten die Pächter noch das Aussuchen. Der Eigenthümer,

1) Lord Ellenborough in Elwes v. Mawe bei Brown Nr. 7, Warner v. Fleetwood, daf. Nr. 9.

2) Brown, Nr. 33.

3) Belege findet man bei Dixon a. a. O., S. 358 ff.

der unbillige Bedingungen ſtellte, lief Gefahr, überhaupt keinen Pächter zu bekommen. Da ſich ſo das Intereſſe der Eigenthümer mit der Billigkeit begegnete, erlangte der Pächter eine günſtigere Rechtsſtellung [1]).

In England iſt eine Aenderung erſt durch die Geſetzgebung eingetreten. Das Geſetz vom 24. VII. 1851 (14, 15 Vict. c. 25) giebt dem „tenant of a farm or lands", der mit ſchriftlicher Erlaubniß des Eigenthümers ein Gebäude oder eine maſchinelle Anlage errichtet hat, das Eigenthum daran und das Wegnahmerecht ohne Rückſicht darauf, ob die Einrichtung rein landwirthſchaftlichen oder landwirthſchaftlich-induſtriellen Zwecken dient. Noch günſtiger ſtellen die beiden — mit der ſchottiſchen die drei — folgenden agricultural holdings acts (38, 39 Vict. c. 92; 46, 47 Vict. c. 61, 62) den Pächter. Sie beziehen ſich auf landwirthſchaftliche und Weidegrundſtücke, auf Handelsgärtnereien und Dienſtländereien des tenant (s. 58 reſp. 54 reſp. 35). Der tenant kann ſein ein tenant „for a term of years, for lives [2]), for lives and years, from year to year", nach der Akte von 1875 auch ein „tenant at will". Die fixtures, insbeſondere die Gebäude, die der tenant herſtellt, gehören ihm und können von ihm entfernt werden, ausgenommen 1) ſolche, für welche er Entſchädigung (compensation) verlangen kann, 2) ſolche, zu deren Errichtung er dem Eigenthümer verpflichtet war, 3) ſolche, durch welche er fixtures, die dem Eigenthümer gehörten, erſetzt hat [3]). Einer ſchriftlichen Einwilligung des

1) Vgl. Washburn, S. 31 Nr. 28. Die Bedeutung der wirthſchaftlichen Verhältniſſe Amerikas für das jus tollendi des Pächters wird in der Entſcheidung van Ness v. Pacard (Myer a. a. O.) gut hervorgehoben.

2) Ueber den tenant for life ſiehe Lehr a. a. O., S. 180. Er iſt nicht bloßer Nießbraucher, ſondern Eigenthümer.

3) Vgl. auch Myer, Bd. 22, landlord and tenant, § 238.

Landlords zur Herſtellung der fixtures bedarf es nach dieſen neueren Geſetzen nicht mehr. Die Entfernung iſt an gewiſſe Bedingungen geknüpft, von denen ich hier nur die hervorheben will, daß der Grundherr das Recht hat, die fixtures zu erwerben und dadurch das jus tollendi des tenant auszuſchließen, wie es heißt „any fixture thus elected to be purchased shall be left by the tenant and shall become the property of the landlord". Indeſſen ſind dieſe Beſtimmungen über die fixtures auch nach den Akten von 1883 nicht zwingenden Rechtens [1]). Sie können durch Parteivereinbarung beſeitigt werden.

Auf welche Weiſe die entfernbaren und deshalb dem Acceſſionsprinzip nicht unterliegenden fixtures mit dem Grund und Boden zuſammenhängen, ob ſie ſtark oder ſchwach befeſtigt ſind, iſt ohne Bedeutung. Allerdings iſt die Theorie unſicher [2]), und in den Entſcheidungen wird die Art der Verbindung häufig erwähnt, ihre geringe Feſtigkeit iſt der Praxis ein accumulirendes Moment für die Zulaſſung der Trennung, aber nirgendwo wird von den Gerichten wegen der zu ſtarken Verbindung zwiſchen fixture und Grundſtück das jus tollendi verneint, wenn es nach der Art der fixtures zuſtehen würde. Die Bäume und Sträucher des Handelsgärtners ſind „physically and visibly united with the soil and are even assimilated to it in an apparently indefeasible manner" [3]). In Sachen Lawton v. Lawton führte Lord Hardwicke aus, daß ein Maſchinenſchuppen auch dann trennbar ſei, wenn er aus Roh- oder Ziegelſteinen beſtehe. In Penton v. Robart handelte es ſich um ein Gebäude mit einem Ziegelfundamente und einem Oberbau von Holz. Letzterer wurde für removibel

1) Anders die Beſtimmungen über den Erſatz von Verwendungen (s. 55 reſp. 36).

2) Vgl. indeſſen Brown a. a O., Nr. 21.

3) Brown, Nr. 28.

erklärt [1]). In Elwes v. Mawe stellte Lord Ellenborough das Prinzip auf, daß für die Trennbarkeit kein Unterschied bestehe zwischen dem Gebäude, das eine befestigte Maschine enthalte, und dieser selber. „The only point is whether it is accessory to carrying on the trade or not". In der wiederholt erwähnten amerikanischen Sache van Ness v. Pacard stand außer einem Kuhstall ein zweistöckiges Haus in Frage, das allerdings aus Holz erbaut war, aber ein Steinfundament und einen Schornstein aus Steinmaterial hatte. Jos. Story führte hier aus [2]), die Entscheidung der Frage, ob ein Gebäude vom Pächter beseitigt werden könne, hänge nicht von der Form oder der Größe desselben ab, auch nicht davon, ob es ein Steinfundament habe oder nicht, oder ob es ein oder zwei Stockwerke hoch sei, auch nicht von dem Material des Schornsteins, „the sole question is, whether it is designed for purposes of trade or not". In der gleichfalls amerikanischen Sache Cook v. Champlain Transportation Co. [3]) wurde ausgesprochen „engines and machinery in a mill though firmly affixed to the building, are, when so affixed by tenant for years for the purpose of carrying on a business of a personal nature, the personal property of such tenant". In der Akte vom 24. VII. 1851 wird ausdrücklich gesagt, daß die Trennung auch dann erfolgen dürfe, wenn das Hergestellte „or any part thereof may be built in or permanently fixed to the soil". In den späteren Gesetzen bleibt die Art der Verbindung mit dem Boden gänzlich dahingestellt. Strenger ist allerdings Whitehead v. Bennett [4]), wo verlangt wird.

1) Brown, Nr. 25, 74a, S. 200.
2) Myer a. a. O., S. 91.
3) Putnam a. a. O., Nr. 6.
4) Dixon a. a. O., S. 363.

daß die trade-fixtures als Körper (bodily) entfernt werden können, oder, wenn ſtückweiſe, dann wenigſtens ſo, daß ſie wieder in ihrer alten Individualität herzuſtellen ſind. Danach ſind Pflanzen entfernbar, nicht aber maſſive fundamentirte Gebäude, auch nicht als Acceſſionen maſchineller Einrichtungen. Die Feſtigkeit der Verbindung iſt aber auch in dieſer Entſcheidung belanglos.

II. Während die Regeln des engliſchen Rechts über die Acceſſion von Inädifizirtem auf dem römiſchen Rechte beruhen, ſind die Beſtimmungen über die „emblements“ unzweifelhaft deutſchrechtlichen Urſprungs[1]). Zwar wird das beſtritten, Kent findet die Quelle im Corpus juris civilis, er verweiſt auf l. 9 § 1 D. loc. cond. 19, 2, doch paßt dieſe Stelle gewiß nicht. Emblements ſind Kulturgewächſe und zwar Jahreskulturgewächſe, alſo Getreide, Kartoffeln, Erbſen, Bohnen, Wicken, Hanf, Flachs, Safran, Melonen, Gurken, Rüben[2]), auch Hopfen, der zwar nicht alljährlich neu gepflanzt wird, aber einer jährlich erneuten Pflege bedarf[3]). Dagegen ſind nicht emblements Gewächſe, die entweder wild wachſen, oder zwar kultivirt ſind, aber nicht jährlich neu kultivirt zu werden brauchen, wie Fruchtbäume und Klee. Die emblements ſind nun nicht Theile des Grundes und Bodens, ſie gehören vielmehr demjenigen, der die Beſtellungskoſten aufgewendet hat, ſie ſind personal property[4]), es gilt dies wenigſtens dann wenn der Kultivirende ein tenant — d. h. hier ein mit dem Willen des Eigenthümers Beſitzender — iſt. Dieſe Rechts-

1) Vgl. über das deutſche Recht Stobbe, Beiträge z. Geſch. des deutſchen Rechts, S. 67 ff.

2) Schouler, Bd. 1 § 105, Stephan a. a. O., S. 215.

3) Lathan v. Atwood bei Dixon, S. 347.

4) Vgl. vor allem Coke (Littleton) bei Broom a. a. O., S. 395, Washburn a. a. O., S. 12, Schouler, § 104, 108 ꝛc.

regel wird damit gerechtfertigt, daß, da die Bestellungskosten aus dem persönlichen Vermögen (personal estate) des Bestellers aufgewendet seien, das persönliche Vermögen auch das Resultat derselben, eben die emblements ernten müsse[1]), also mit dem Satze: res succedit in locum pretii. Dies Eigenthumsrecht des tenant wird in mannigfacher Beziehung praktisch. Es ist angenommen worden, daß ein Verkauf von emblements, auch vor der Zeit der Reise, nicht „a sale of an interest in land" sei, sondern „a contract for the sale of goods and chattels"[2]). Er bedarf daher auch nicht der schriftlichen Form[3]). Für „liens", welche das Gut belasten, haften die tenant's emblements nicht[4]). Am bedeutsamsten aber zeigt sich das Recht an den emblements im Falle einer nicht vorausgesehenen Endigung des Rechtes des tenant. In diesem Falle haben der tenant, resp. seine Erben noch Anspruch auf die Ernte des betreffenden Jahres. Die unerwartete Endigung kann eintreten „either by the act of God or through the misconduct of his lessor"[5]). Wenn daher der tenant for life stirbt, so gehört die Ernte seinen Erben, folgt nicht etwa dem Gute[6]). Ebensowenig ist das der Fall, wenn das Recht des „tenant at will" vom Eigenthümer zum Erlöschen gebracht wird. In Harris v. Frink[7]) hatte der Landeigenthümer einem Andern versprochen, sein Grundstück an ihn zu verkaufen. Dieser hatte es bereits in Besitz genommen und bestellt. Nachher weigerte sich der Grundeigenthümer, sein Versprechen zu erfüllen, „it was held that the tenant might claim

1) Williams a. a. O., S. 19/20.
2) Vgl. die Nachweisungen bei Dixon, S. 39 ff., vgl. auch S. 53.
3) Ebendas.
4) Schouler a. a. O., § 109.
5) Schouler, § 104.
6) Vgl. aber auch 14, 15 Vict. c. 25 s. 1 (Dixon, S. 347)
7) Washburn a. a. O., S. 11 Nr. 5 ff.

the crops as personalty". Wenn der Mann das Grundstück der Frau bewirthschaftet hat und dann stirbt, so bekommen seine Erben die Ernte; wenn die Frau stirbt, bekommt er sie, nicht der Erbe der Frau. Wenn dagegen der tenant seinen Besitz freiwillig aufgiebt oder sein Recht durch eigene Schuld verwirkt, so geht das Eigenthum an den emblements auf den Grundherrn über. Daher sagt Washburn[1]), die emblements seien „liable to become part of the realty, if the tenant voluntarily abandons or forfeits possession of the premises". Die Wittwe z. B., die zum tenant für die Dauer ihrer Wittwenschaft gemacht worden ist, verliert die emblements, wenn sie sich wieder verheirathet und dadurch ihr Recht zum Erlöschen bringt. Auch von dem tenant for years, dessen Zeit vor der Ernte abläuft, wird angenommen, er habe auf die emblements verzichtet[2]).

III. Das Resultat, das sich für die Accessionslehre des englischen und nordamerikanischen Rechts ergiebt, läßt sich so zusammenfassen:

Das mechanisch oder organisch mit dem Boden Verbundene ist Theil des Bodens, real estate; doch sind personal property:

a) Objekte, die von einem Anderen als dem Grundherrn mit dem Boden verbunden sind, wenn der Grundherr sie als personal property des Anderen anerkannt hat,

b) lose verbundene Objekte,

c) vorübergehend verbundene Objekte,

d) Objekte, die ein Gebrauchsberechtigter (tenant) für die Zwecke seines Gewerbebetriebes oder zur Ausschmückung oder zur bequemeren Benutzung des Grundstücks oder als Landwirth mit dem Grund und Boden verbunden hat,

1) a. a. O., S. 12.

2) Ooke (Littleton) bei Broom a. a. O., S. 395.

e) Jahreskulturgewächse, wenigstens wenn sie ein Gebrauchsberechtigter (tenant) gepflanzt hat.

## § 6. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Auch de lege ferenda muß der Satz superficies solo cedit empfohlen werden. Er gilt als Grund-, besser Ausgangsprinzip in ganz Deutschland, und solche allgemein geltenden Sätze muß man möglichst konserviren. Aber dieses Prinzip darf nicht zum jus cogens gemacht werden, es muß jus dispositivum werden. Die gemeinrechtliche Regelung, wonach das Accessionsrecht des Grundherrn unverzichtbar ist, widerspricht unserm Rechtsbewußtsein und ist für jeden Nichtjuristen, ja für jeden Nichtromanisten durchaus unverständlich. Sie ist überdies schädlich, da sie ohne Grund dem Arbeiter das Arbeitsprodukt raubt und es einer Person in den Schooß wirft, die nichts zu seiner Herstellung gethan hat. Solche Sätze waren für die Römer, denen die persönliche Arbeit nichts galt, möglich; für uns, die wir der genau entgegengesetzten Ansicht sind, sind sie unmöglich. Danach würde man zu einem Prinzip kommen, das im Wesentlichen dem französischen Recht entspricht: das Accessionsrecht des Grundherrn tritt im Zweifel ein, aber der Grundherr kann es ausschließen, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann, insbesondere durch Zustimmung zum Bau, zu der Pflanzung auf seinem Boden. Es empfiehlt sich, letzteres ausdrücklich auszusprechen. Ob man auch einen Erwerb der Kohärenz für sich durch Ersitzung zulassen soll, wie im französischen Recht, ist eine Frage von untergeordneter Wichtigkeit, die nur für die Kohärentien ersitzbarer Grundstücke von Bedeutung werden kann. Ich glaube nicht, daß für diese Zulassung ein Bedürfniß vorhanden ist. Das Accessionsprinzip muß sowohl für organische als für

mechaniſche Verbindungen gelten. Für Pflanzen, wenn ſie feſtgewachſen ſind. Die ‚beſondere Beſtimmung des römiſchen Rechts über die Ausſaat iſt daneben beizubehalten. Für mechaniſche Verbindungen, wenn ſie in feſter Weiſe dem Boden eingefügt ſind. Ein Unterſchied nach den Arten der Bauwerke darf nicht gemacht werden, das Acceſſionsprinzip muß nicht nur für Gebäude, ſondern auch für andere Anlagen auf fremdem Grund und Boden gelten, für: Eiſenbahnſchienen, Laternen, Kabel ꝛc.

Soweit das Acceſſionsprinzip hiernach beſtehen bleibt, iſt es jedenfalls unſchädlich, der auf fremdem Grund und Boden Bauende wird durch die Beſtimmung über den Erſatz von Impenſen durch den Eigenthümer genügend geſchützt. Eine Anordnung, wie die des § 332 I, 9 A.L.R.s., wonach der ohne Widerſpruch des Grundherrn auf fremdem Boden Bauende Eigenthümer des Bodens wird, iſt wünſchenswerth, wenn auch vielleicht entbehrlich. Das Acceſſionsprinzip wäre hier jedenfalls ausgeſchloſſen. Beſondere Beſtimmungen über die Grenzüberſchreitung durch Bauen ſind dagegen durchaus nothwendig [1]).

I. Der Entwurf des bürgerlichen Geſetzbuchs bedeutet einen anerkennenswerthen Fortſchritt gegenüber dem römiſchen Recht, den eben geſtellten Anforderungen entſpricht er im Weſentlichen, aber nicht ganz.

An dem Acceſſionsprinzip wird feſtgehalten. Es bezieht ſich auf alle mit dem Grund und Boden feſtverbundenen Sachen, insbeſondere auf Gebäude, ſowie auf die Erzeugniſſe des Grundſtücks, ſolange ſie mit dem Boden zuſammenhängen (§ 77 d, e Entw. II = 782, 783 Entw. I). „Samen wird

1) Sie finden ſich auch im heſſiſch. Entwurf, Abth. 2 Art. 79, im Weſentlichen dem preuß. Recht entſprechend, vgl. auch Motive hierzu, S. 117, Bähr, Urteile des R.G., S. 109.

mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit der Einpflanzung wesentlicher Bestandtheil [1]) des Grundstücks" (§ 77 e Entw. II). Der erste Entwurf (§ 784) forderte ein Wurzelfassen der Pflanze. Das verdient den Vorzug vor der jetzigen Bestimmung; an das bloße Einpflanzen, das Einsetzen in den Boden den Eigenthumsverlust des Pflanzeneigenthümers zu knüpfen, geht zu weit. Ist die Pflanze noch nicht festgewachsen, steht es vielleicht noch nicht einmal außer Frage, ob sie überhaupt festwachsen wird, so kann sie auch ohne Schaden aus dem Boden wieder herausgezogen werden. Die Feststellung, ob sie schon angewachsen ist, ist für den Sachverständigen, oft auch für den Laien nicht schwer. Indessen ist zuzugeben, daß die Frage von verhältnißmäßig untergeordneter Bedeutung ist.

Wichtiger sind die Ausnahmen vom Accessionsprinzip. § 77 f (= 785 Entw. I) bestimmt im Absatz 1:

> Zu den Bestandtheilen eines Grundstücks gehören nicht solche Sachen, die mit dem Grund und Boden von einem Anderen als dem Eigenthümer des Grundstücks nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden worden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder sonstigen Werke, das in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist.

Das Accessionsprinzip tritt danach immer ein, wenn der Grundeigenthümer die Verbindung vorgenommen hat, wenn auch nur zu vorübergehendem Zweck. Das ist nicht unbedenklich [2]), denn diese provisorischen Bauwerke des Grundherrn — z. B. eine bei besonders reicher Ernte errichtete Interimsscheune — würden danach auch den Hypothekaren haften,

1) Gegen den Ausdruck „wesentlicher Bestandtheil" Bähr, Gegenentwurf, § 814.

2) Anders auch Bähr, Gegenentwurf, § 823 Abs. 2.

und es ist immerhin denkbar, daß durch ihre — ja von vornherein in Aussicht genommene — Wegnahme die Sicherheit der Hypothekare gefährdet wird. Es würden ihnen dann auch die im § 1041 des zweiten Entwurfes (= 1073 Entw. I) bezeichneten Rechtsmittel zustehen, und das ist schwerlich angemessen. Immerhin sind das seltene Fälle, deren Nichtberücksichtigung dem Entwurfe jedenfalls nicht zum Tadel gereicht. Bedenklicher ist es, daß der Entwurf, abgesehen von den zu vorübergehendem Zwecke hergestellten Verbindungen, nur solche Werke dem Accessionsprinzip entziehen will, die in „Ausübung eines (scil. dinglichen, Motive, Bd. 3 S. 48) Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden sind". Da nach § 794 des zweiten Entwurfes (§ 828 Entw. I) zur Begründung eines dinglichen Rechts an einem Grundstücke prinzipiell Eintragung im Grundbuche erforderlich ist, so tritt das besondere Eigenthum am Eingebauten nicht ein, wenn es zur Eintragung nicht kommt, und das ist nicht richtig. Für Anlagen auf öffentlichem Boden hat zwar die Frage insofern keine sonderliche Bedeutung, als öffentlicher Boden der Eintragung entzogen werden darf (Entw. einer Grundbuchordn. von 1889 § 11). Aber es kommen auch dauernde Anlagen auf fremdem privaten Boden vor, ohne daß eine Eintragung erfolgt; z. B. ist es hin und wieder nothwendig, zur Speisung eines zurückliegenden Gebäudes mit Gas oder Wasser Röhren durch ein dazwischenliegendes Grundstück zu führen. Der Eigenthümer des letzteren Grundstücks wird das zwar regelmäßig gestatten, aber eine Eintragung ist mindestens nicht üblich. Trotzdem zweifelt niemand daran, daß die Röhren nicht ihm, sondern dem Unternehmer gehören. Nach dem Recht des Entwurfes ist das Gegentheil der Fall. — Das Recht, das dem Bauenden an dem fremden Grundstücke zustände, würde oftmals nicht

anders wie als „Erbbaurecht“ (§ 924 ff. Entw. II = § 961 ff. Entw. I) charakterisirt werden können. Das Recht einer Gas-, Wasserleitungs-, Eisenbahngesellschaft läßt sich kaum unter eine andere Rubrik bringen. Hier fordert nun § 925, daß die zur Bestellung des Erbbaurechts erforderliche Einigung des Grundeigenthümers und des Rechtserwerbers vor dem Grundbuchamte oder vor Gericht oder vor einem Notar erklärt wird. Wird diese Form nicht beobachtet, dann fallen die Schienen, Schwellen, Röhren, Kabel ꝛc. in das Eigenthum des Grundeigenthümers, beispielsweise der Gemeinde. Denn ein Recht des Unternehmers ist nicht begründet worden. Nun sind aber diese Formen — auch die notarielle — bisher jedenfalls nicht üblich. Sowohl den Gemeinden wie den Unternehmungen stehen meistentheils Rechtsverständige vor oder zur Seite, die den Vertrag fix und fertig abschließen, und mit deren Unterschrift sich die Kontrahenten begnügen. Dem Notar und vor allem den Notariatsgebühren wird möglichst aus dem Weg gegangen. Das wird auch später geschehen, die verschiedene Behandlung des Eingebauten, je nachdem der Notar angegangen ist oder nicht, aber nicht verstanden werden. — Ich stelle ferner folgenden Fall zur Erwägung, der thatsächlich vorgekommen ist. Ein Grundstücksbesitzer wünscht auf seinem Grundstücke ein Landhaus zu haben. Er hat aber nicht genügende verfügbare Mittel, um es in Kapital bezahlen zu können. Er macht deshalb mit dem Bauunternehmer aus, daß dieser Eigenthümer des Hauses bleibt und er, der Grundstücksbesitzer, ihm eine Miethe, zugleich aber auch einen jährlichen Abschlagszins bezahlt, um auf diese Weise allmählich das Eigenthum zu erwerben. Ein solches Geschäft, gegen das sich weder vom sittlichen noch vom wirthschaftlichen Standpunkt aus etwas sagen läßt, ist nach französischem und preußischem Recht möglich, es ist unmöglich nach gemeinem Recht und regelmäßig auch nach

dem Rechte des Entwurfs. Denn die beiden Ausnahmefälle des § 77 f liegen hier nicht vor. Weder erfolgt der Bau nur zu einem vorübergehenden Zweck — das Haus soll vielmehr dauernd auf dem Grundstück bleiben — noch will der Grundstückseigenthümer dem Baumeister ein Erbbaurecht einräumen, das weit über die Zwecke des Geschäfts hinausgeht (vgl. insbesondere § 927).

Noch bedenklicher ist es, daß der Entwurf verlangt, der Berechtigte müsse die Verbindung mit dem fremden Grundstück vorgenommen haben. Damit ist der Grundeigenthümer selber ausgeschlossen. Wenn er daher die Anlage selber herstellt, nachher aber veräußert, so bleibt er trotzdem Eigenthümer derselben, und der Erwerber erwirbt das Eigenthum nicht. Z. B. wenn ein Kommunalverband eine Kleinbahn auf seinen Straßen erbaut hat, nachher aber aus irgend welchen Gründen die Anlage verkauft, so wird der Käufer nicht Eigenthümer derselben, während er es sein würde, wenn er selber die Bahn gebaut hätte. In beiden Fällen hat er aber genau dieselbe Machtstellung, warum soll nicht auch die Rechtsstellung dieselbe sein? Der Erbbauberechtigte ist nach der Regelung des Entwurfes theils Eigenthümer des Bauwerks — dann nämlich, wenn er es selber errichtet hat — theils bloßer dinglich Berechtigter, wenn der Grundherr gebaut hat. Zu dieser Unterscheidung liegt kein Grund vor.

Ich würde daher den ersten Abschnitt des § 77 f so fassen:

> Zu den Bestandtheilen eines Grundstücks gehören nicht solche Sachen, die mit dem Grund und Boden nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden worden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder einem sonstigen mit dem Grundstück verbundenen Werke, das ein Anderer mit Zustimmung des Eigenthümers des Grundstücks darauf errichtet oder von ihm erworben hat.

Der Entwurf kennt aber noch eine dritte Ausnahme [1]) von dem Satze superficies solo cedit, sie betrifft das Bauen über die Grenze, worüber die §§ 826—829 Entwurf II (857 ff. Entwurf I) handeln. Es braucht auf sie hier nicht eingegangen zu werden. Sie erscheinen als durchaus sachentsprechend und bedeuten einen erheblichen Fortschritt gegen das bisherige, auch das preußische Recht. Höchstens wäre zu erwägen, ob man den Schutz, den man hier Gebäuden gewährt, nicht auch anderen gleichwerthigen Bauwerken angedeihen lassen soll. Bei Gebäuden ist das Bedürfniß allerdings am dringendsten.

II. Dem Bedürfniß nach Anerkennung eines Stockwerkeigenthums wird durch § 922 Entwurf II in Verbindung mit dem in Aussicht genommenen Artikel 73 des Einführungsgesetzes genügt. Da, wo das Stockwerkseigenthum zur Zeit besteht, wird es hierdurch in alter Weise aufrecht erhalten, nur die Konstruktion ist eine andere, und das ist ohne Bedeutung [2]).

III. „Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes in dasselbe eingefügten Sachen" (§ 77e Abs. 2 Entw. II = 783 Absatz 2 Entw. I). „Sachen, die in ein Gebäude nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandtheilen eines Gebäudes" (§ 77f Absatz 2). Hier ist es also gleichgiltig, wer eingefügt hat, ob der Eigenthümer des Gebäudes, ob ein Anderer. Das sind Bestimmungen, die dem bestehenden Rechte entsprechen. Es läßt sich gegen sie nichts erinnern [3]). Den Begriff der Herstellung zu fixiren, wird Sache der Jurisprudenz sein. Sie wird dabei, wie oben geschehen, neben und

1) Die Motive, Bd. 3 S. 287, nehmen hier nur eine Anwendung der zweiten Ausnahme an (Bauen in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück), was gewiß unrichtig, aber natürlich belanglos ist.

2) Vgl. Ackermann a. a. O.

3) Weniger gut Bähr, Gegenentwurf, § 823 Abs. 1: „Bestandtheile eines Gebäudes die demselben eingefügten Sachen"

vor dem äußeren Konnex den inneren ins Auge zu faſſen haben. Wenn § 771 bei Gebäuden zu gewerblichen Zwecken die zum Betriebe beſtimmten Maſchinen und ſonſtigen Geräthſchaften als Zubehör behandelt, ſo iſt damit nicht geſagt, daß ſie nicht auch Beſtandtheile ſein könnten. Es kommt ſtets auf den einzelnen Fall an. Die weſentlichen Beſtandtheile anderer Bodenanlagen nennt der Entwurf nicht. Es iſt das auch entbehrlich und in erſchöpfender Weiſe unmöglich. Jedenfalls muß Entſprechendes gelten, insbeſondere darf auch hier vorübergehend Eingefügtes nicht zu den Beſtandtheilen gerechnet werden.

IV. § 861 (= § 890 Entwurf I) beſagt:

> Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundſtücke dergeſtalt verbunden, daß ſie weſentlicher Beſtandtheil des Grundſtückes wird, ſo erſtreckt ſich das Eigenthum an dem Grundſtück auch auf dieſe Sache,

und aus § 866 geht hervor, daß der bisherige Eigenthümer des Beſtandtheils nur Wertherſatz, nicht Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes verlangen kann [1]). § 861 iſt zu eng. Auch nach der derzeitigen Faſſung des Entwurfes ſind Fälle möglich, in denen ein Gebäude oder eine andere Grundſtücksanlage nicht dem Grundſtückseigenthümer gehört, nämlich wenn die Sache nur vorübergehend mit dem Grundſtück verbunden iſt, oder wenn ſie in Ausübung eines dinglichen Rechts dem Grundſtück eingefügt iſt. Den erſten Fall kann man auf ſich beruhen laſſen, die Grundſtücksanlage iſt hier bewegliche Sache und wird als ſolche durch den § 862 geſchützt. Im zweiten Fall dagegen kann von einer beweglichen Sache keine Rede ſein, ein Grundſtück iſt aber auch nicht vorhanden. So entſteht eine Lücke. Sie iſt leicht genug auszufüllen. Man braucht nur ſtatt Grundſtück: unbewegliche Sache zu ſagen.

1) Nicht ſo weit geht Bähr, Gegenentwurf, § 885. Ich möchte die Regelung des Entwurfes vorziehen.

Wird der § 861 nicht geändert, so bleibt nichts übrig, als unter Grundstück eben jede unbewegliche Sache zu verstehen, was dann freilich mit den §§ 77 e, f nicht harmonirt.

V. Das Trennungsrecht entspricht im Wesentlichen dem gemeinen Recht (oben Seite 214), es ist zweckmäßig geordnet. Es steht dem Materialeigenthümer als solchem niemals zu, es ist nur gewährt dem gut- oder bösgläubigen Besitzer der Sache, dem es aber durch Wertherſatz stets genommen werden kann (§ 910), und ferner dem Gebrauchsberechtigten, dem Miether und dem Nießbraucher der Sache, der durch Wertherſatz nicht abgefunden werden kann (§ 491, 559). Einer chikanösen Ausübung des jus tollendi wird dadurch ein Riegel vorgeschoben, daß die Sache nach der Wegnahme auf Kosten des Wegnehmenden wieder in den vorigen Stand gesetzt werden muß, das Trennungsrecht des Besitzers ist überdies von vorn herein ausgeschlossen, wenn die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat. Das Trennungsrecht kann nicht nur durch Retention, sondern auch durch Klage geltend gemacht werden (§ 491 letzter Satz).

VI. Eine Definition der unbeweglichen Sache giebt der zweite Entwurf nicht. Gegenüber dem ersten Entwurf, der (§ 781) eine nicht ausreichende Definition gab: unbewegliche Sachen sind die Grundstücke, ist das ein Fortschritt. Es wird sich auch ohne Definition auskommen lassen. Der Natur der Sache und dem Namen entspricht das, was (oben S. 199 flg.) als gemeines Recht entwickelt wurde. Der Begriff des Immobiles ist danach weiter als der des Grundstücks. Die Schwierigkeiten der rechtlichen Behandlung, insbesondere der Verpfändung derjenigen mit dem Boden verbundenen Sachen, die dem Grundeigenthümer nicht gehören, ist durch den Entwurf nicht gehoben worden. Wünschenswerth wäre es freilich gewesen.

V.

# Die Uebertragung des Nießbrauchs.

Von **Dr. von Blume**, Privatdocenten in Göttingen.

Altehrwürdiges Dogma des gemeinen Rechtes iſt: der Nießbrauch iſt unübertragbar, aber ſeine Ausübung kann übertragen werden [1]).

So lehrte man einſt auch die Unübertragbarkeit der Obligation und bot als Surrogat die Uebertragung ihrer Ausübung. Aber während in der Ceſſionslehre das alte Dogma für die Praxis beſeitigt, für die Theorie zum Mindeſten ſtark erſchüttert iſt, ſteht es in der Lehre vom Nießbrauch noch heute ſonder Wanken.

Zwar ganz unangefochten iſt es nicht geblieben. Zuerſt

1) Vgl. Windſcheid, Die actio, S. 135 ff.; Muther, Zur Lehre von der römiſchen actio, S. 102 ff.; Arndts in der Gießener Zeitſchrift, N. F. VIII S. 96 (in den civiliſtiſchen Schriften 1 S. 190); Knutze in der Heidelberger Krit. Zeitſchrift, II S. 256; Schönemann, Die Servituten, S. 65 ff., und ſämmtliche Lehrbücher, insbeſondere: Bangerow (VII. Aufl.) 1 § 344 Anm. 3; Puchta (XII. Aufl.) § 176 Anm. i, § 161 Anm. c; Brinz (II. Aufl.) I S. 773; Arndts (XIII. Aufl.) § 179; Dernburg (IV. Aufl.) 1 § 246 b; Windſcheid (VII. Aufl.) I § 205. Ich werde die genannten Lehrbücher und die Schriften von Schönemann und Elvers (Römiſche Servitutenlehre) mit den bloßen Autorennamen citiren.

machte Dernburg d. Aelt.[1]) einen Vorstoß, der aber von Arndts'[2]) leicht abgewiesen wurde. Dann unternahm Elvers[3]) einen umfassenden Angriff, mit besseren Mitteln, aber nicht mehr Erfolg als Dernburg. Neuerdings hat Ofner[4]) die Frage im Elvers'schen Sinne gestreift.

Die Kommission für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hatte im Entwurf erster Lesung im § 1011 den Nießbrauch für übertragbar erklärt. In zweiter Lesung (§ 968) ist man überraschenderweise zu der gemeinrechtlich herrschenden Lehre zurückgekehrt. Dadurch hat die Frage ein gewisses legislatorisches Interesse gewonnen.

Immerhin handelt es sich im Wesentlichen um einen rein theoretischen Prinzipienstreit. Ob man das, was Theorie und Praxis heute als „Uebertragung der Ausübung" des Nießbrauches ausgeben, richtiger „Uebertragung des Nießbrauches" nennen würde, ist für das Rechtsleben ziemlich gleichgültig. Interesse gewann die Frage für mich erst, als ich in ihrer Geschichte die Wellen einer Bewegung bemerkte, die, von der klassischen römischen Jurisprudenz hervorgerufen und gefördert, in der Entwickelung der Cession die lebhaftesten Spuren zurückgelassen hat. In Zusammenhang gebracht mit der Geschichte der Successionüberhaupt, schien mir die Uebertragung des Nießbrauchs einer erneuten Behandlung wohl würdig. Die folgenden Ausführungen mögen mich rechtfertigen.

---

Bestellt ein Rechtsinhaber einer anderen Person ein Recht, das in seinen Thatbestand, d. h. in die Gesammtheit der rechtsbegründenden Thatsachen, den Thatbestand des Rechtes des

1) In der Gießener Zeitschrift, N. F. II Nr. 2.
2) In derselben Zeitschrift a. a. O.
3) Die römische Servitutenlehre, §§ 27, 28.
4) Der Servitutengeist.

Beſtellers aufnimmt, ſo vollzieht ſich ein Rechtsübergang. Dieſer kann, nach neuerer Terminologie [1]), „translativ" oder „konſtitutiv" ſein. Der translative Rechtsübergang läßt nach hergebrachter Vorſtellung den Erwerber in das Recht ſeines Vormannes, auctor, einrücken, macht ihn zu deſſen successor, Rechtsnachfolger. Der konſtitutive Uebergang dagegen leitet aus dem „Mutterrecht" des Vormannes ein in ſeinem Beſtande von jenem abhängiges „Tochterrecht" ab.

Ich werde nachzuweiſen ſuchen, daß die Römer von der völligen Unübertragbarkeit des Nießbrauches zur konſtitutiven Uebertragung fortgeſchritten ſind, und daß die moderne Praxis in Weiterverfolgung einer ſchon in Rom bemerkbaren Tendenz die konſtitutive Uebertragung zur translativen ausgeſtaltet hat.

Indeſſen muß ich vorerſt hier einem mehrfach vertretenen Irrthum begegnen, der aus nicht genügender Beachtung des eben beſchriebenen Weſens des Rechtsüberganges entſpringt. Es iſt — und zwar auch von Vertretern der herrſchenden Meinung — behauptet worden, die Römer hätten in einem beſonderen Falle eine translative Uebertragung des Nießbrauches mit allen Wirkungen gekannt [2]), das ergebe ſich aus L. 29 de usu et usufructu 33, 2:

„Si quis usumfructum legatum sibi alii restituere rogatus sit eumque in fundum induxit fruendi causa, licet jure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, quod huic ipso jure adquisitus est, tamen praetor jurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei cui ex fideicommisso restitutus esset, legati jure adquisitus esset".

1) Bekker, Syſtem des Pandektenrechts 1 § 33; Regelsberger, Pandekten § 120.

2) Elvers, S. 247; Windſcheid, § 205 Anm. 5.

War ein Nießbrauch fideikommissarisch zu restituiren, so wurde das jure praetorio also in der Weise bewirkt, daß dem Fideikommissar der Besitz der Nießbrauchssache eingeräumt wurde, worauf er vom Prätor durch die Fiktion, daß ihm der Nießbrauch durch Legat bestellt sei, geschützt wurde.

Daraus ergiebt sich aber mit Nothwendigkeit — und wie die L. 29 cit. zeigt, war gerade diese Wirkung vom Prätor beabsichtigt — daß für das Bestehen des Nießbrauches fortan nicht mehr die Lebensdauer des Fiduziars, sondern die des Fideikommissars maßgebend sein sollte. Der Thatbestand des Nießbrauches, den letzterer hat, ist also ein anderer als der Thatbestand des fiduziarischen Nießbrauches; dieser ist nicht auf den Fideikommissar übergegangen, sondern es ist jure praetorio das alte Recht aufgehoben und ein neues Recht begründet worden. Demnach muß die fideikommissarische Restitution des Ususfruktes für unsere Frage ganz außer Betracht bleiben.

---

Die Unübertragbarkeit des Nießbrauches steht nach der herrschenden Meinung in engstem Zusammenhange mit seiner juristischen Natur und seinem wirthschaftlichen Zwecke. Daher bedarf das Wesen des Ususfruktus einer kurzen Beleuchtung.

Bekanntlich bezeichnet das Wort Nießbrauch (ususfructus) nicht eine juristische Konstruktion, sondern faßt verschiedene Rechtsgebilde unter dem Gesichtspunkte des wirthschaftlichen Zweckes zusammen. Handelt man über die Frage der Uebertragbarkeit des Nießbrauches, so denkt man dabei ausschließlich an den „eigentlichen" Nießbrauch; denn es ist nicht einzusehen, warum der Nießbraucher von res, quae usu consumuntur, diese nicht sollte übertragen, der Nießbraucher einer Zinsforderung diese nicht sollte weiter cediren können. Der Erwerber würde zwar nicht schon dadurch Nießbraucher, könnte aber durch freiwillige Schuldübertragung selbst dazu sich machen.

Es wird also im Folgenden nur vom eigentlichen Nießbrauche die Rede sein. Dieser ist zu definiren als das absolut wirkende Recht auf den Gebrauch einer Sache und die Gewinnung ihres natur- und volkswirthschaftlichen Ertrages.

Mit dem Nießbrauchsrechte verbindet sich, in Rom durch besonderen Vertrag, heute kraft Gesetzes [1]), die persönliche Pflicht zur Erhaltung der Sache und Rückgabe nach beendigtem Nießbrauche. Indes kann — um dies vorwegzubemerken — in dieser Besonderheit des Nießbrauches ein Grund gegen seine Uebertragbarkeit heute so wenig gefunden werden, wie das Pfandrecht um deswillen unübertragbar wird, weil der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner aus der persönlichen Pfandklage haftet. Ob etwa für die Römer in der Verknüpfung des Ususfruktes mit der cautio usufructuaria ein Hinderniß der Uebertragung lag, wird weiter unten zu erörtern sein.

Den entscheidenden Grund für die Unübertragbarkeit des Ususfruktes findet die herrschende Lehre in seiner ausschließlichen wirthschaftlichen Bestimmung für eine Person, die ihren juristischen Ausdruck in dem Satze erhalte, daß der Ususfrukt mit der Person des Berechtigten stehe und falle, mit deren Untergang durch Tod oder capitis deminutio nothwendig zu Ende sei.

Ich kann den Schriftstellern, die vor mir sich gegen die herrschende Lehre gewendet haben, den Vorwurf nicht ersparen, daß sie dieses Argument zu leicht genommen haben. Man kann es nicht durch den Hinweis beseitigen, daß in anderen Fällen, beim Eigenthum und der Obligation, die zeitliche Begrenztheit des Rechtes kein Hinderniß für seine Uebertragung bilde [2]). Denn es handelt sich bei der Verknüpfung des

1) Vgl. Windscheid, § 204 Anm. 1.
2) Vgl. Elvers, S. 227.

Nießbrauches mit dem Leben des Berechtigten um mehr als einen bloßen Endtermin. Der Beweis ist sehr einfach: Es ist zweifellos, daß dem Nießbrauch ein dies certus ad quem hinzugefügt werden kann[1]); dennoch endigt auch in solchem Falle der vor diesem dies eintretende Tod des Berechtigten das Recht. Hat der Nießbrauch da etwa zwei Endtermine gehabt?

Der sozialpolitische Gedanke, der der Unvererblichkeit des Nießbrauches zu Grunde lag, hatte nothwendig auch die Unveräußerlichkeit zur Folge. Das hätte nie verkannt werden dürfen. Wer die Möglichkeit einer Succession in den Nießbrauch für eine neuere Phase des Rechtes vertheidigen will, muß den Nachweis führen, daß das Recht den Nießbrauch auf eine andere soziale nnd wirthschaftliche Grundlage gestellt hat.

Der Usufrukt entstammt dem Erbrechte. Er soll vermitteln zwischen dem Interesse der Familie, das Erhaltung des Vermögens für den Familienstamm fordert, und dem Interesse des Einzelnen, der Antheil an dem Familienvermögen begehrt. Er will der Familie die Substanz sichern, demjenigen Familienmitgliede aber, das zur Erhaltung des Stammes nicht beiträgt, der Wittwe, der Tochter, dem Freigelassenen, den Lebensunterhalt gewähren[2]). So ist er ein Erzeugniß der Fürsorge für eine bestimmte Person, so daß diese „aus einem Subjekte, dessen das Recht ist, ein Zweck, wofür dieses besteht, zu werden beginnt“[3]).

Aus dieser Zweckbestimmung ergab sich nothwendig die Unvererblichkeit des Nießbrauches. Es ergab sich daraus aber ebenso die Unveräußerlichkeit des Rechtes und zwar — das glaube ich nachdrücklich betonen zu müssen — sowohl die

1) C. 12 p. de usufructu 3, 33.
2) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, 2 S. 534.
3) Brinz, I S. 773.

Unübertragbarkeit des Rechtes selbst wie die seiner sog. „Ausübung". Denn, ob wer an Stelle des Usufruktuars die Einkünfte der Ususfruktsache bezieht nur mit einem obligatorischen Rechte gegenüber dem Usufruktuar ausgestattet oder ob ihm absoluter Schutz verliehen ist, das ist für die Frage, ob das frui eines Anderen als des Usufruktuars mit dem sozialpolitischen Zwecke des Ususfruktes vereinbar sei, vollkommen gleichgültig.

Hier muß ich auf den Einwand gefaßt sein, daß doch auch der Nießbraucher, der die natürliche Fruchtziehung gegen Entgelt einem Anderen überlasse, ja auch der, welcher sie verschenke, im Genuß der Sache bleibe [1]). Hat doch Karlowa aus dieser Auffassung heraus es für durchaus möglich erklärt, daß die Uebertragung der Ausübung des Nießbrauches von Anfang an zulässig gewesen sei [2]).

Mir will indes scheinen, als könne hier die formale Erwägung, daß trotz Uebertragung der Ausübung der Nießbraucher im uti frui bleibe, nicht maßgebend sein, als müsse vielmehr dasselbe sozialpolitische Interesse herangezogen werden, das noch heute Alimentenforderungen unübertragbar macht und immer neue Cessionsverbote schafft. Hätte der Nießbraucher selbst sich der Möglichkeit, die natürlichen Einkünfte der Nießbrauchssache zu gewinnen, berauben dürfen, so wäre die Familie Gefahr gelaufen, daß ihr der von Mitteln entblößte Nießbraucher zur Last fiel, während ein Anderer sich aus dem Familiengute bereicherte. Daß der Nießbraucher für sein Nutzungsrecht vielleicht den obligatorischen Anspruch auf ein pretium einhandelte, minderte diese Gefahr nicht wesentlich; hätte er sein Recht doch weit unter dem Preise veräußern oder

1) Vgl. v. Jhering, Geist des röm. Rechtes, III, 1 S. 334.
2) a. a. O. S. 538.

verſchenken können? Nur dann wäre trotz ſolcher aus dem Zwecke des Uſusfruktus ſich ergebender Hinderniſſe die Uebertragbarkeit der Ausübung des Rechtes von jeher eine Nothwendigkeit geweſen, wenn es im alten Rom Sachgüter gegeben hätte, die hauptſächlich volkswirthſchaftliches, nicht naturwirtſchaftliches Einkommen abgeworfen hätten, wie es heute Miethshäuſer thun. Wir wiſſen aber, daß die Wohnungsmiethe in Rom wirthſchaftlich eine ganz untergeordnete Rolle ſpielte [1]) und vollends in älterer Zeit, als noch ein Bürger-Proletariat nicht vorhanden war, kann ſie irgend welchen Einfluß auf die Geſtaltung des Uſusfruktes nicht gehabt haben. Vielmehr wird das Landgut mit ſeinem Apparate von Sklaven und Vieh wie die vornehmſte Erwerbsquelle überhaupt, ſo auch der vornehmſte Gegenſtand des Nießbrauches geweſen ſein.

Solange der Nießbrauch, im Dienſte der Fürſorge für eine beſtimmte Perſon ſtehend, höchſt perſönlich iſt, ſo lange verbietet ſich auch die Uebertragung ſeiner Ausübung. Wird, wie das unſere Quellen für die Zeit der klaſſiſchen Jurisprudenz bezeugen, die locatio, venditio, donatio ususfructus dem Rechtsleben geläufig, ſo iſt das ein Zeichen dafür, daß das Nießbrauchsrecht ſeine alte Grundlage verlaſſen hat.

Eine ſolche Wandlung mußte in Rom nothwendig eintreten, als ſich das feſte Gefüge der Familie zu lockern begann, die teſtamentariſche Vergabung von Familienvermögen an extranei zur Gewohnheit und als Hülfe dagegen die Einführung des Notherbrechtes unumgänglich wurde. Damit wurde der Nießbrauch aus einem Faktor des ſozialen Lebens zu einem rein wirthſchaftlichen Inſtitut, ein Mittel, die Einkünfte eines Kapitales einem Anderen zu überlaſſen, ohne dieſes ſelbſt zu veräußern. So konnte es jedem ſubjektiven Zwecke dienen,

1) Bernice, Labeo I, S. 467.

der Schenkung an beliebige Dritte [1]), der Dotirung [2]), ja auch der Ueberlaſſung gegen Entgelt [3]). Der Zweck der Gewährung des perſönlichen Lebensunterhaltes hatte damit aufgehört, für das Weſen des Nießbrauches beſtimmend zu ſein.

Es kann uns bei der aus zahlloſen Beiſpielen bekannten römiſchen Art der Vermittelung zwiſchen dem beſtehenden Recht und dem wechſelnden Volksleben nicht Wunder nehmen, daß die Verknüpfung des Nießbrauches mit der Perſon des Berechtigten beſtehen blieb, obgleich die Urſache dieſer Rechtsſatzung längſt aufgehört hatte zu wirken. Ganz andere, volkswirthſchaftliche Nützlichkeitsgründe ſind es jetzt, die man dafür angiebt: „ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti“ (L. 3 § 2, 3 de usufr. 7, 1). Die Beſchränkung des Uſufruktes auf die Lebenszeit des Berechtigten iſt alſo für Gaius zu einem geſetzlichen Endtermin geworden. Mit bloßen Nützlichkeitsgründen auch den Untergang des Nießbrauches durch capitis deminutio minima und vollends die Unvererblichkeit auch in den Fällen zu erklären, wo dem Rechte durch Vertrag ein Endtermin geſetzt war, würde Gaius doch ſchwer geworden ſein.

Die Urbeſtimmung des Nießbrauches war in Vergeſſenheit gerathen. So begann man denn nach Mitteln zu ſuchen, ihre Rudimente, die man als läſtige Feſſeln empfand, zu beſeitigen. Zunächſt auf Umwegen: man ſchloß durch Vertrag den Untergang durch capitis deminutio (L. 3 pr. quibus modis ususfr.; Fragm. Vat. 63) und durch Tod aus (L. 3 § 12 de V. O. 45, 1; L. 5 pr. quib. mod. ususfr.). Formell

1) Savigny, Syſtem, IV S. 117.

2) Ll. 66, 78 de jure dot. 23, 3; L. 57 sol. matr. 24, 3.

3) L. 29 § 1 quibus modis usufr. 7, 4; L. 8 § 2 de peric. et comm. 18, 6.

faßte man das zwar als eine „repetitio ususfructus“ auf, materiell aber handelte es ſich in der That um Fortdauer des Rechtes trotz capitis deminutio und Tod [1]).

Juſtinian ging noch weiter. Dem Grundſatze folgend, daß es „humanius“ ſei, „non interemptionem ususfructus studiosam esse, sed magis retentionem“ (C. 15 § 2 de usu fructu 3, 33. So hatten ſich ſeit Gaius die Zeiten geändert!), beſtimmte er, daß der Nießbrauch fortan trotz Arrogation und Emanzipation fortdauern ſolle, auch wenn ſolches nicht durch Vertrag ausbedungen ſei. Damit war der alte Satz, daß der Nießbrauch durch capitis deminutio untergehe, vollends beſeitigt; denn die c. d. maxima und media haben praktiſch wohl kaum noch eine Rolle geſpielt.

Den Nießbrauch von Geſetzes wegen vererblich zu machen, hat Juſtinian allerdings nachdrücklich abgelehnt (C. 14 de usu fructu 3, 33). Und mit gutem Grunde; denn im Zweifel werden die Parteien die Erſtreckung des Nießbrauches auf die Erben des Berechtigten nicht beabſichtigen. Die citirte Konſtitution des Kaiſers iſt aber für uns deshalb intereſſant, weil wir aus ihr erſehen, wie durchaus die Frage, ob der konkrete Nießbrauch vererblich ſei, nach dem präſumtiven Parteiwillen entſchieden wurde.

Juſtinian berichtet nämlich, es habe ein lebhafter Streit darüber ſtattgefunden, ob, wenn einem Erben der Nießbrauch einer Legatſache prälegirt wird, ſchon dadurch, daß als Subjekt des Nießbrauches der heres genannt wird, die Erſtreckung des Rechtes auf die heredis heredes ausgeſprochen ſei — offenbar weil „heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed ad ulteriores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur“ (L. 65 de

1) Windſcheid, § 215 Anm. 7.

V. S. 50, 16). Mit Recht erklärt Justinian es für wortklauberisch, aus der Bezeichnung „heres“ so weitgehende Folgerungen ziehen zu wollen; den Grundsatz, daß die Erstreckung des Nießbrauches auf die Erben zulässig sei, hat er damit keineswegs etwa beseitigt, sondern indirekt bestätigt[1]).

Danach ist als Resultat für das Justinianeische Recht festzustellen, daß von dem alten Grundsatze: „Der Nießbrauch ist mit der Person des Berechtigten unzertrennlich verknüpft“ lediglich die Unvererblichkeit des Rechtes als dispositive Norm übrig geblieben ist. Jetzt handelt es sich in der That um nichts weiter als einen präsumtiven Endtermin, der einer Uebertragung des Rechtes kein Hinderniß bereiten kann[2]).

Die Entwickelung steuert unaufhaltsam auf die Zulassung der Uebertragung des Nießbrauches los seit dem Aufkommen der locatio, venditio, donatio ususfructus durch den Nießbraucher. Habe ich oben behauptet, daß, wenn sozialpolitische Gründe den Ususfrukt unübertragbar machten, durch eben dieselben auch die Uebertragung des Rechtes ausgeschlossen war, so muß ich nunmehr behaupten, daß nach dem, durch die Zulassung solcher Geschäfte dokumentirten, Wegfall jener Gründe es nur noch eine Frage der juristischen Technik sein konnte, ob die Uebertragung des Rechtes selbst zuzulassen sei. Ist doch die Anschauung auch bei den Vertretern der herrschenden Meinung allgemein, daß wir in der Uebertragung der Ausübung ein „Surrogat“ für die Uebertragung des Rechts selbst zu sehen haben, das heißt: einen durch technische Gründe gebotenen Seitenweg zu dem Ziele der wirthschaftlichen Veräußerung.

Gänzlich übersehen worden ist das von denjenigen Schriftstellern, die einen Grund für die Unübertragbarkeit des Nieß-

1) So richtig Windscheid, § 215 Anm. 7.
2) Vgl. oben S. 286.

brauches in der Berücksichtigung des Interesses des Eigenthümers sehen wollen [1]). Als ob, wer kraft obligatorischen Rechtes die Erträgnisse der Nießbrauchsache gewinnt, diese nicht gerade so viel oder wenig verwüsten könnte wie der, welcher es kraft dinglichen Rechtes thut! Man hat da gar nicht in Betracht gezogen, daß für den Eigenthümer der Schutz gegen die Entwerthung der Nießbrauchssache nicht im Eigenthumsrecht, sondern in der Nießbrauchsobligation liegt; daß aber an dieser Obligation durch die Uebertragung des Nießbrauchsrechtes auf einen Anderen nichts geändert werden würde, ist selbstverständlich und schon einmal betont worden.

Daß mit oder in Folge der Zulassung einer obligatorischen Veräußerung des Nießbrauches auch die translative Uebertragung dieses Rechtes Eingang in das römische Civilrecht gefunden habe, kann angesichts der Quellen nicht behauptet werden. Ulpian spricht in L. 15 fam. ercisc. 10,2 mit aller Bestimmtheit aus: „Ususfructus a persona discedere sine interitu sui non potest". Die Gründe aber, die man für diese Thatsache aus dem Wesen des Usufruktes hat herleiten wollen, sind, wie ich gezeigt zu haben glaube, hinfällig. Den Weg, um zur richtigen Auffassung zu gelangen, habe ich schon angedeutet. Er liegt in der Erkenntniß, daß es mit der „begrifflichen" Unübertragbarkeit beim Nießbrauche nicht anders aussieht als bei der Obligation, daß der Mangel der Singularsuccession hier wie dort seinen Grund nicht in der besonderen Natur dieser Rechte hat, sondern in der Unentwickeltheit des Successionsbegriffes.

---

Dem anfangs Gesagten nach ist „Succession" die Bezeichnung für eine gedachte Wirkung: die Dauer eines Rechtes trotz Wechsel des Rechtssubjektes. Wie es gewöhnlich, aber

1) Schönemann, S. 71; Muther, Actio, S. 102.

nicht etwa zum Vortheil der Klarheit der Fall iſt, wird mit demſelben Namen auch der Vorgang genannt, der die Succeſſionswirkung hervorruft [1]).

Die metaphyſiſchen Erörterungen über die Möglichkeit einer Succeſſion, die durch längere Zeit unſere Wiſſenſchaft beſchäftigt haben, haben leider die Verbreitung der Erkenntniß gehindert, daß man hier nicht mit einem vorausgeſetzten Begriffe des Rechtes i. ſubj. S. zu operiren, ſondern für jedes einzelne Recht i. ſubj. S. das poſitive Kriterium ſeiner Individualität zunächſt feſtzuſtellen habe. Man würde ſonſt erkannt haben, daß eine einheitliche Vorſtellung von der Individualität der Rechte nicht vorhanden iſt, geſchweige denn in Rom vorhanden war, ſo daß es unmöglich iſt, allgemeingültige Regeln für alle Fälle der Succeſſion aufzuſtellen. Es iſt ein merkwürdiges Schickſal, daß Kuntze, der das zuerſt mit Energie behauptet hat [2]), dadurch, daß er im Verfolg ſeiner Schrift den Streit über die begriffliche Möglichkeit der Succeſſion entfachte, jenen treffenden Ausführungen die verdiente Beachtung entzog.

Kuntze hat die Anſicht verfochten, daß die beiden Succeſſionsformen, die Univerſalſucceſſion in ihrer Urform, der Erbfolge, und die Singularſucceſſion, zuerſt und vor allem vertreten durch die Succeſſion ins Eigenthum, ſchlechterdings nicht unter einen Oberbegriff Succeſſion zu bringen ſeien, da es ſich nur bei erſterer um eine Fortdauer der Rechtsidentität, eine successio in jus, bei letzterer lediglich um die Fortdauer der Identität des Rechtsobjektes, eine successio in rem, handele. Kuntze würde richtiger geſagt haben, daß den Römern

1) Vgl. Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion, S. 53 Anm. 1.

2) In §§ 18, 19 ſeiner Schrift über die Obligation und die Singularſucceſſion.

zunächst überhaupt die abstrakte Vorstellung einer fortdauernden Rechtsidentität fremd gewesen sei[1]) und Universal- wie Singularsuccession zwar auf eine Grundvorstellung, aber eine von der unseren durchaus verschiedene, zurückzuführen seien. Das ist die successio in locum, vermittelt durch den Gedanken der Identität der Herrschaftssphäre, hier familia pecuniaque, dort die res.

„Le roi est mort, vive le roi" — der Herr wechselt, die Herrschaft bleibt, ist der Grundgedanke auch des römischen Erbrechtes gewesen, der Erbe erwirbt nicht, sondern er hat, die manus nämlich, als älteren Inbegriff der späteren drei Herrschaftsformen manus, potestas, dominium[2]). Der Erbe ist heres, Herr. Dies im Grundzuge das Wesen der römischen Universalsuccession, auf das ich hier nicht näher eingehen will.

Uns muß es vor allem darauf ankommen, die richtige Formel für die Succession ins Eigenthumsrecht zu finden, da nur auf Grund derselben die Stellung, welche die Römer zur Uebertragung des Nießbrauches einnehmen, verständlich ist. Kuntze hat mit Recht behauptet, die römische Succession ins Eigenthum ist successio in rem. Das heißt für die Römer, die über die Frage der Rechtsidentität nicht viel nachgedacht haben: Wer die res erwirbt, die ein Anderer hatte, wird dessen successor. Für uns, für die Rechtsidentität vorausgesetzter Begriff zum Successionsbegriffe ist, muß jene Vorstellung da-

1) Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechtes II, 2 S. 436.

2) Er erwirbt nicht; denn zum Erwerben gehört nach echtrömischer Vorstellung eine Bethätigung der Persönlichkeit, ein Handeln. (Vgl. v. Ihering, a. a. O. I S. 110.) Der Erbe κατ' ἐξοχήν aber ist heres necessarius. Erwirbt er nicht, so muß ein latentes Haben wirksam werden, für das in der Zugehörigkeit zur Familie ein Grund vorhanden ist. Ein juristisches Gesammteigenthum der römischen Familie braucht deshalb noch nicht angenommen zu werden.

hin überſetzt werden: die Identität des Eigenthumsrechtes wird gegeben durch die Identität des Gegenſtandes des Rechtes. Kuntze hat dieſe Uebertragung in die heutige Denkform unterlaſſen und dadurch ſeinen weiteren Ausführungen eine ſchiefe Richtung gegeben.

Den Römern wurde die Vorſtellung des Eigenthumsüberganges durch die Dauer der res vermittelt. Das hat außer Kuntze vor allem v. Ihering in grundlegender Darſtellung ausgeführt [1]). Den wichtigſten Beweis liefern die altrömiſchen Rechtsgeſchäfte, die der Eigenthumsübertragung dienten: mancipatio und in jure cessio. Beide ruhen auf der Vorſtellung, daß auf der einen Seite ein Recht untergehe, auf der anderen Seite ein Recht begründet werde; hier durch vindicatio und Sichnichtregen gegen dieſelbe, dort durch derelictio und occupatio. Und zwar werden, wie gleich zu zeigen ſein wird, trotz des Mangels eines einheitlichen Uebertragungsaktes das dort aufgegebene und das hier erworbene Recht als identiſch gedacht. Die urſprüngliche Getrenntheit der Vorgänge bei der Eigenthumsübertragung zeigt ſich noch im klaſſiſchen römiſchen Rechte mehrfach; ſie iſt es, die den uns befremdlichen Entſcheidungen zu Grunde liegt, wonach die Tradition, die ein Wahnſinniger vornimmt [2]), die in jure cessio einer angetretenen Erbſchaft [3]) und die in jure cessio des Uſusfruktus [4]) den Untergang des abgetretenen Rechtes zur Folge haben ſollen, weil ſie den beabſichtigten Erfolg, die Uebertragung, nicht erreichen. Das iſt mit der heute herrſchenden Anſicht, wonach bei der Succeſſion

1) An den oben angezogenen Stellen ſeines Geiſtes des röm. Rechts.

2) L. 18 § 1 de a. v. o. p. XXXXI, 2 von Celſus und ihr gegenüber L. 18 pr. de vi XXXXVII, 16 von Papinian und L. 34 pr. XXXXI, 2 von Ulpian.

3) Gaius II, 35.

4) L. 66 de jure dotium 23, 3 (Pomponius). Ueber die Stelle wird weiter unten noch gehandelt werden.

ſtets das Recht aus einer Hand in die andere gleitet [1]), ſchlechthin nicht zu vereinigen.

Dieſe Anſicht aber iſt unzutreffend, ſowohl für das römiſche wie für das heutige gemeine Recht. Es iſt vielmehr zu ſagen, daß eine Succeſſion in das Eigenthum nicht nur infolge derivativen, ſondern auch infolge originären Erwerbes ſtattfindet, ſo daß alſo, wer Eigenthum überträgt, in Wahrheit nicht auctor des Rechtes ſeines Nachfolgers, ſondern nur auctor von deſſen Inhaberſtellung iſt, etwa wie die causa der Ceſſion nicht causa des cedirten Rechtes iſt, ſondern nur causa der Inhaberſtellung des Ceſſionars. Oder mit einem Worte: eine Sache — ein Recht; das Eigenthumsrecht wird allein durch ſein Objekt individualiſirt. Es gilt der Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, und zwar ſowohl für den translativen wie für den konſtitutiven Rechtsübergang. Er ſagt einmal, wer überhaupt befugt iſt, ein Recht zu übertragen, und bezeichnet ferner die aus der Begrenztheit des Rechtes des Vormannes ſich ergebende Begrenztheit des Rechtes des Nachmannes. Zufolge dieſes Satzes muß mit dem Untergange des Mutterrechtes auch das durch konſtitutive Uebertragung begründete Tochterrecht ſein Ende nehmen. Beſtellt der Emphyteuta oder Superfiziar kraft ſeines dinglichen Rechtes ein davon abgeleitetes dingliches Recht, eine Prädial-Servitut [2]), einen Nießbrauch [3]) oder ein Pfandrecht [4]), ſo iſt das Beſtehen des Tochterrechtes durch die Dauer des Mutterrechtes bedingt; geht die Emphyteuſe durch Privation oder Eintritt eines Endtermins unter, ſo verlieren auch die von ihr abgeleiteten ding-

1) Vgl. Savigny, III § 9; Puchta, Inſtitutionen (5. Aufl.), II § 198, S. 323; Windſcheid, Actio, S. 158.

2) L. 1. § 6 de superficiebus 43, 18.

3) L. 1 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

4) L. 16 § 2 de pign. act. 13, 7; L. 31 de pignoribus 21, 1.

lichen Rechte ihre Wirkung [1]). Daß ſie ausnahmsweiſe im Falle der Konſolidation fortdauern, hat ſeinen guten Grund darin, daß Konſolidation nur einen formellen, nicht einen materiellen Rechtsuntergang bedeutet.

Weitere Beiſpiele für die Abhängigkeit des Tochterrechtes von der Fortdauer des Mutterrechtes bieten das vom publicianiſchen Beſitzer beſtellte Pfandrecht (Ll. 18, 21 de pignoribus 20, 1) und das weiter unten zu ſchildernde Recht deſſen, der dem Nießbraucher den Nießbrauch abgekauft hat.

Um ſo mehr muß es auffallen, daß die vom Eigenthümer beſtellten Rechte (die erſeſſenen ſtehen ihnen gleich) auch demjenigen Erwerber der Sache gegenüber Wirkung behalten, der ſein Recht originär, insbeſondere dem, der es durch Occupation erwirbt und der alſo zur Begründung ſeines Rechtes Dritter gegenüber nicht auf das Eigenthum des Beſtellers jener dinglichen Rechte zurückzugreifen braucht.

Zu erklären iſt das eben nur dadurch, daß das Eigenthum ſeine Individualität nicht wie die übrigen Rechte durch den Begründungsakt erhält, ſondern durch das Sach-Individuum, ſo daß jeder, der Eigenthum an der Sache erhält, als Succeſſor jedes früheren Eigenthümers gilt und deshalb die von jenem aus dem Eigenthume abgeleiteten Rechte gegen ſich gelten laſſen muß [2]).

Und, wie könnte es auch anders ſein! Hat doch das römiſche Eigenthum zum Inhalte die unbeſchränkte Herrſchaft

1) Arndts in Weiske's Rechtslexikon, III, S. 856; Dernburg, Pfandrecht, S. 219 ff.; Pandekten, § 260 Anm. 11; Bürkel, Beiträge zur Lehre v. Nießbrauch, S. 58 ff.; Windſcheid, Pandekten I § 219 Anm. 8.

2) Wie iſt der Zuſtand in der Zeit zwiſchen Dereliktion und Occupation der Sache? Ein Eigenthümer iſt nicht da, dennoch iſt ein Eigenthumsrecht da, von dem das jus in re aliena ſich herleitet. Alſo ein ſubjektloſes Recht? Die Frage auch nur annähernd zu erſchöpfen, iſt hier nicht der Ort.

über die Sache [1]), oder richtiger: reicht doch die Machtsphäre des Eigenthümers so weit die Möglichkeit eines Genusses der Sache reicht [2]). Was giebt also dem Eigenthum seine Individualität? — Eben die Genußmöglichkeit oder, aufs letzte reducirt: die Sache, das Objekt des Eigenthumes. Die Behauptung, daß durch die Möglichkeit von jura in re aliena diese Charakteristik des Eigenthums nicht geändert wird, bedarf keines Beweises, im Gegentheil glaube ich gezeigt zu haben, daß gerade die Wirkung, die solchen dinglichen Rechten beigelegt ist, uns zwingt, die Individualität des Eigenthums so zu bestimmen, wie ich es versucht habe.

Es würde mich zu weit seitab führen, wenn ich dieser Frage hier eine gründlichere Behandlung, als geschehen, zu Theil werden lassen wollte. Nur möchte ich noch hervorheben, daß Ansätze zu meiner Ansicht entsprechender Behandlung der Sache sich bei Brinz [3]) und bei Dernburg [4]) finden. Brinz faßt nämlich ganz richtig den Usukapienten als Successor des bisherigen Eigenthümers auf, weil trotz der Usukapion die dinglichen Rechte an der usukapirten Sache bestehen bleiben, identifizirt aber Succession und derivativen Erwerb und giebt damit seinem Gegner eine leichte Handhabe zur Widerlegung [5]). Dernburg dagegen macht die billigenswerthe Unterscheidung von „verbundener" wie „derivativer Succession" und rechnet zu ersterer die Occupation, will dann aber nur bei derivativer Succession fortdauernde Identität des Rechtes angenommen wissen. Die Erklärung, die er in der

1) Windscheid, I § 167: „Das Eigenthum ist als solches schrankenlos."

2) v. Ihering, Geist III, 1 S. 336.

3) I. S. 240.

4) I § 81.

5) Vgl. Dernburg, a. a. O., Anm. 1.

Folge für die Fortdauer der Servituten trotz Wechsels der Individualität des an der belasteten Sache bestehenden Eigenthums zu geben sich gezwungen sieht, kann ich indessen nur als eine Umschreibung des Thatbestandes gelten lassen. Er meint nämlich, es sei jene Erscheinung im Wesen des Rechtes an der Sache begründet. Aber gerade das ist ja die Frage: Wie kommt der Eigenthümer dazu, aus seinem vergänglichen Rechte andere Rechte abzuleiten, die für die Ewigkeit gelten? Und darauf ist zu antworten, daß er diese Rechte nicht aus einem vorübergehenden Eigenthum, sondern aus einem Eigenthum herleitet, das so lange besteht wie die Sache selbst und also so lange wie die längstdauernden fremden Rechte an der Sache.

Ist es richtig, daß das Eigenthum lediglich durch sein Objekt individualisirt wird, so ist erklärt, warum den Römern die Succession eine ganz selbstverständliche Vorstellung war, und zwar, obgleich die Uebertragungsgeschäfte auf der einen Seite Eigenthum untergehen und auf der anderen neu entstehen oder vielmehr, wie wir nach den obigen Darlegungen richtiger zu sagen haben, auf der einen Seite Eigenthum verlieren und auf der anderen gewinnen ließen ohne unmittelbare Uebertragung.

Und es ist ferner, wie Kuntze gleichfalls schon dargethan hat, von diesem Standpunkte aus leicht zu erklären, warum den Römern bei der Uebertragung, nicht nur der Obligation, wie man irreführender Weise gewöhnlich meint[1]), sondern über-

1) Es ist irreführend, wenn man von der Unmöglichkeit der Succession in Obligationen, Usufrukt u. s. w. als von etwas absonderlichem redet; denn welche Rechte sind überhaupt außer den eigenthumsähnlichen Herrschaftsrechten der Succession fähig? Die Prädialservituten? — sie folgen der herrschenden Sache. Das Pfandrecht? — es folgt der Obligation; Familien- und Erbrechte sind Qualitäten der Personen. Was bleibt? — Obligationen und Personalservituten!

haupt aller Rechte außer dem Eigenthume und verwandten Herrſchaftsrechten objektiv beſtimmbaren Umfanges (potestas, tutela) die Vorſtellung einer Succeſſion gar nicht kommen konnte.

Außer dem Eigenthum wird jedes Recht individualiſirt durch den Begründungsakt, die causa in dieſem weiteren Sinne des Wortes. Daher ſetzt eine Succeſſion in dieſe Rechte voraus, daß die Rechtsnorm geſtattet, aus einem fremden Begründungsakt Rechte herzuleiten; ſolches Begründen von Rechten für Andere aber heißt Stellvertretung [1]). Solange das Recht dieſe nicht geſtattet, muß jeder Erwerbsakt von Rechten Begründungsakt ſein [2]).

Das römiſche Recht hat eine Stellvertretung im Erwerbe von Obligationen nicht zugelaſſen. Wer ſich hatte vertreten laſſen, mußte ſein Recht ſich vom Vertreter durch Neubegründung erwerben. Die Uebertragung der Obligationen hat ſich ganz dem analog vollzogen.

„ . . . quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, . . . . . opus est, ut tu ab eo stipuleris. quae dicitur novatio obligationis“ [3]).

Der Vorgang der Novation zeigt wie die Mancipation Verzicht auf das Recht auf der einen und Rechtserwerb auf der anderen Seite durch zwei ſelbſtändige Vorgänge. Und auch die bekannte Folge, daß der Verluſt trotz Vereitelung der Er-

1) Vgl. über den Zuſammenhang von Succeſſion und Stellvertretung meine Schrift: Novation, Delegation und Schuldübertragung, S. 89.

2) Einen ſcheinbar berechtigten Einwand gegen dieſe Behauptung könnte man aus der Uebertragbarkeit von Emphyteuſe und Superficies entnehmen. Indes nähern ſich dieſe Rechte dem Eigenthum ſo ſehr, daß ſie zur Qualität der Sache werden (fundus vectigalis!) und ihre Uebertragung als Uebertragung der Sache bezeichnet wird (L. 71 § 5, 6 de legat. I; L. 1 § 7 de superficiebus 43, 18).

3) Gaius I, 38.

werbsabſicht [1] eintritt, wiederholt ſich [1]). Aber der Unterſchied iſt der, daß bei der Novation das Aufgeben des Rechtes Untergang, der Erwerb Neubegründung bedeutet und alſo die Individualität des Rechtes nicht erhalten bleibt trotz Identität des debitum [2]).

Die Novation hat aus Gründen, die hier nicht erörtert zu werden brauchen, den Römern als Mittel zur Uebertragung der Obligationen auf die Dauer nicht genügt. Wie ſie ſich geholfen haben, iſt bekannt; ſie bildeten die Ceſſion heraus. Wie ſteht dieſe zur Succeſſion? Kurz geſagt: ſie iſt eine konſtitutive Rechtsübertragung bei den Römern, bei uns zur translativen Uebertragung geworden. Der Prätor läßt dem Cedenten obligatio und giebt dem Ceſſionar actio suo nomine [3]) — was heißt das anders, als daß er aus dem Rechte des Cedenten ein neues für den Ceſſionar auslöſt? Denn eine obligatio ohne actio können wir uns wohl denken, nicht aber eine actio ohne Recht. Die Erkenntniß, daß das Mutterrecht des Cedenten ein „nudum jus", eine hiſtoriſche Reliquie der Römer ſei, ohne praktiſchen Werth für unſer Rechtsleben, hat uns dann veranlaßt, das Recht des Cedenten zu ſtreichen und nur das abgeleitete Recht des Ceſſionars anzuerkennen. Und dieſes als identiſch mit dem vom Cedenten aufgegebenen Rechte anzuſehen, iſt uns im Gegenſatz zu den Römern deshalb erlaubt, weil unſere Rechtsnorm geſtattet, aus einem fremden Begründungsakte Rechte herzuleiten, indem ſie die direkte Stellvertretung zuläßt.

---

Die Entwickelung der Succeſſion in den Nießbrauch gleicht aufs Haar derjenigen, die wir ſoeben bei Betrachtung der

1) Gaius III, 176.
2) Meine Auffaſſung dieſer Identität findet ſich a. a. O., S. 68.
3) Vgl. Windſcheid, actio S. 122 ff.

Obligation in ihren Grundzügen kennen gelernt haben. Individualisirt wird der Nießbrauch wie die Obligation durch seine Begründung. Er muß „kreirt", vom Eigenthümer aus seinem Rechte abgeleitet werden; Erwerb des Nießbrauches bedeutet daher Neubegründung, Verlust Untergang. Wäre es anders, wäre der Nießbrauch objektiv bestimmt wie das Eigenthum, so würde er eine das Eigenthum für die Dauer der Existenz der Sache begrenzende Qualität derselben sein, an der die Expansivkraft des Eigenthums ihre Grenzen finden müßte. Dem ist nicht so, der Nießbrauch wird subjektiv individualisirt wie die Obligation; der Succession in den Nießbrauch stellten sich daher für die Römer dieselben Hindernisse wie bei jener entgegen.

Das ergiebt sich aus L. 66 de juri dotium 23, 3. Dort äußert sich Pomponius:

> „Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat."

Der Sinn ist: Wenn sich das Bedürfniß fühlbar macht, den Nießbrauch vom Nießbraucher weiter zu übertragen, so tritt einer Befriedigung dieses Bedürfnisses der Umstand entgegen, daß die civile Begründungsform des Nießbrauches, die

in jure cessio, nur anwendbar ist bei Bestellung des Ususfruktes durch den Eigenthümer und bei der Rückübertragung an denselben. Wollte der Usufruktuar seinen Nießbrauch einem Dritten in jure cediren, so würde er zwar den Nießbrauch verlieren, der Dritte aber nicht Nießbraucher und daher das Eigenthum von der Belastung durch den Ususfrukt befreit werden. Daher hat man praktischer Weise einen Ausweg geschaffen, indem man unter Aufrechterhaltung des Nießbrauchs für den Nießbraucher ihn nur das Recht zur Fruchtnutzung übertragen läßt.

Bekanntlich hat die Stelle der älteren Doktrin viel Schwierigkeiten bereitet, weil Justinian in den Institutionen (§ 3 de usufructu II, 4) erklärt, daß durch die cessio vom Usufruktuar an einen extraneus gar keine Wirkung erzielt werde. Ein neues Licht fiel dann darauf durch Auffindung des Gaius, der in Inst. II § 30 etwas zweifelnd sagt: „creditur ea cessione nihil agi", worauf Puggé[1]) zuerst die Ansicht vertrat, daß in der Pomponiusstelle die Spuren einer vom späteren Rechte überholten Auffassung der in jure cessio zu Tage lägen — eine Meinung, die heute wohl als allgemein angenommen gelten darf.[2]).

1) Im Rhein. Museum für Jurisprudenz, 1 S. 150.

2) Bangerow, Pandekten, 1 § 344 S. 739; Arndts, Civilistische Schriften, 1 S. 91; Windscheid, Pandekten, 1 § 246 Anm. 5; Steinlechner, Juris communio II, S. 72; Demelius, Die confessio, S. 106. Weniger einig ist man darüber, worin eigentlich der Grund für den Untergang des Nießbrauches im Falle der in jure cessio an einen extraneus liege. Puggé und Bangerow meinen: in der in jure abgegebenen Erklärung des Ususfruktuars, daß er nicht Ususfruktuar sei. Dagegen wendet Arndts ein, diese Erklärung könne nicht für Dritte Wirkung haben, der Grund des Unterganges liege vielmehr im Nichtgebrauch, daher das Futurum „reversurum". Mir scheint, was Arndts sagt, recht gezwungen zu sein und dem Pomponius an Unklarheit des Ausdruckes mehr als billig zuzumuthen. Das Richtige ist in eingehender Begründung von Demelius a. a. O. vertreten worden auf Grund der Auffassung, daß die in jure cessio, ein Doppelakt, in ihrem ersten Teile „Rechtsentschlagung" mit dinglicher Wirkung sei.

In der That steht die Antinomie ganz auf einer Linie mit der, welche wir soeben in der Geschichte der Tradition kennen gelernt haben, und, wie schon dort bemerkt, fehlt es auch sonst keineswegs an Belegen, daß man in der in jure cessio wie in der Tradition ehedem nicht einen zweiseitigen Vertrag, sondern zwei einseitige Willenserklärungen erblickt habe.

Uns ist an der Stelle zunächst interessant, daß Pomponius, vor die Frage gestellt, wie eine Uebertragung des Nießbrauches zu bewerkstelligen sei, zunächst an die civile Begründungsform[1]) dieses Rechtes denkt. Sodann erfahren wir weiter, daß eben diese Begründungsform in der That zur Rückübertragung des Nießbrauches an den Eigenthümer — die doch auch eine Uebertragung ist — verwendet worden ist. Warum aber die in jure cessio für die Weiterübertragung des Nießbrauches an einen Dritten nicht taugte, liegt auf der Hand. Wenn der Dritte dem Nießbraucher gegenüber in jure behauptete, er selbst sei Nießbraucher, so war das, mochte der andere zustimmen oder nicht, dem Eigenthümer gegenüber ein wirkungsloser Monolog. Weil nun die in jure cessio, das einzige in Betracht kommende Geschäft, für die Uebertragung des Nießbrauches an Dritte nicht geeignet ist, darum (ergo), sagt Pomponius, hat man zu jenem anderen Auskunftsmittel gegriffen.

Wie will man aus dieser Stelle etwas von der „begrifflichen" Unübertragbarkeit des Ususfruktes herauslesen? Ich finde für diejenigen Schriftsteller, die den Ausspruch des Gaius über die Unübertragbarkeit der Obligation (Gaius II, 38) als das Erzeugnis einer eigenthümlich römischen und von uns überwundenen Anschauungsweise hinstellen[2]), keinerlei Veranlassung

1) „Ususfructus in jure cessionem tantum recipit" (Gaius III § 30).

2) Windscheid, II § 329, Actio, S. 147 ff.; Dernburg II § 48; Arndts, § 254.

den mit der Gajusſtelle ganz auf einer Linie ſtehenden Ausſpruch des Pomponius als für uns ſchlechthin verbindlich zu erklären.

Pomponius ſelbſt giebt den Weg an, auf dem man dann zur Uebertragung des Nießbrauches gelangte: die perceptio fructuum wurde dem Dritten vom Nießbraucher überlaſſen. Freilich „ipsum jus“ verbleibt dabei dem Nießbraucher; denn „non a personis discedere sine interitu sui potest“. Aber ſein Recht iſt nicht mehr als das nudum jus Quiritium des heres sine re, des Eigenthümers, dem die exceptio rei venditae et traditae entgegenſteht, als das nudum jus des Ceſſionars. D. h. es iſt für die Theorie eine intereſſante Reliquie, für die Praxis ein bedeutungsloſes Schemen. Daß es ſich mit dem nach Uebertragung der Ausübung zurückgebliebenen Rechte des Nießbrauchers wirklich ſo verhält, ſoll im Folgenden nachgewieſen werden.

---

Pomponius empfiehlt, weil die formelle Uebertragung des Nießbrauches unmöglich iſt, die perceptio fructuum nummo uno zu vermiethen oder zu verkaufen — nummo uno, da die unentgeltliche Ueberlaſſung des Nießbrauches bezweckt wird.

Kauf und Miethe als Mittel, einem Anderen den Nutzen des Uſusfruktes zuzuwenden, werden außer in der citirten L. 66 de jure dotium noch in folgenden Stellen zuſammen erwähnt:

L. 57 soluto matrim. 24, 3 (Marcellus),
L. 12 § 2 de usufr. 7, 1 (Ulpian),
L. 9 § 1 loc. cond. 19, 2 (Ulpian),
L. 29 pr. § 1 quib. mod. usufr. 7, 4 (Ulpian),
L. 8 § 2 de peric. et comm. 18, 6 (Ulpian),
Fragm. Vat. de usufr. § 41.
§ 1 J. de usu et habit. II, 5.

Zumeiſt wird einfach von locare und vendere usumfructum geſprochen; daß man aber nicht ſchon aus dieſer Ausdrucksweiſe auf die Uebertragbarkeit des Nießbrauches ſchließen kann [1]), dürfte klar ſein: Vermiethung des Uſusfruktes iſt niemals juriſtiſch Veräußerung desſelben; iſt alſo der Ausdruck locare usumfructum bedeutungslos, ſo kann auch die Wendung vendere usumfructum nicht betont werden.

Was haben wir denn nun unter Miethe und Kauf des Nießbrauches zu verſtehen? Herkömmlich faßt man beide unter der ganz farbloſen Bezeichnung „Uebertragung der Ausübung" zuſammen; ſehr zum Schaden der Klarheit der Sache; denn, wie wir ſogleich ſehen werden, handelt es ſich um grundverſchiedene Vorgänge.

Was unter Miethe des Uſusfruktes zu verſtehen ſei, iſt leicht zu ſehen. Wenn es ſich für den Nießbraucher darum handelt, ohne ſein Recht aufzugeben, einem Anderen die Nießbrauchsſache zur Nutzung zu überweiſen, ſo iſt die gegebene Rechtsform dafür die Miethe (in weiteſtem Sinne, der auch die unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung einſchließt, genommen). Es wird alſo ein obligatoriſches Recht dem anderen Theil vom Nießbraucher eingeräumt, kraft deſſen jener die Nutzung des Nießbrauches zieht.

Man ſollte meinen, daß damit dem Begehren nach Uebertragbarkeit der Ausübung vollkommen abgeholfen werde. Was ſoll alſo daneben der Kauf des Nießbrauches? Mir ſcheint, daß die Frage doch einer genaueren Betrachtung werth geweſen wäre, als ihr zu Theil geworden iſt.

Man hat gemeint [2]), beim Kauf des Nießbrauches ſei der Preis für die Einräumung der Nutzung ein für allemal be-

1) Wie Dernburg d. Aelt. a. a. O. will. Siehe dagegen Schönemann S. 66.

2) Elvers S. 248.

ſtimmt, bei der Miethe aber von der Dauer des Rechtes abhängig gemacht worden. Das halte ich für eine ganz unmögliche Deutung, denn abgeſehen davon, daß ſie unerklärt läßt, warum Pomponius in der L. 66 cit. auch zu unentgeltlicher Ueberlaſſung der perceptio fructuum Miethe und Kauf empfiehlt, ſetzt ſie ſich zum Weſen des Käufers in ſchroffen Widerſpruch.

Kauf iſt Veräußerung eines Rechtes, Miethe iſt Ueberlaſſung des Gebrauches einer Sache; der Kauf ſchafft einen neuen Rechtszuſtand, die Miethe nur einen neuen faktiſchen Zuſtand — ein Gegenſatz, der ſo einfach iſt, „daß er ſich auch einer primitiven Rechtsanſchauung aufdrängen muß“[1])

In älterer Zeit freilich hat die Rechtsanſchauung hie und da inſoweit geſchwankt, als ſie die Begründung dinglicher Rechte, wie Superficies und Uſusfrukt, als Miethe auffaßte[2]). Indes findet dieſe uns befremdende Erſcheinung ihre Erklärung wohl einfach darin, daß es ſich urſprünglich um obligatoriſche Rechte, echte Miethsobligationen handelte, die ſpäter vom Prätor mit dinglicher Kraft ausgeſtattet wurden, ohne daß man damit ſofort die hergebrachte Begründungsform aufgegeben hätte. Einer noch weit älteren Periode gehören diejenigen Spuren an, die darauf hindeuten, daß ehedem die locatio conductio in der emptio venditio enthalten geweſen iſt, und die daher, oberflächlich betrachtet, den Anſchein erwecken könnten, als habe man beide Rechtsgeſchäfte promiscue zu gleichem Zwecke verwendet[3]).

Vollends in der klaſſiſchen Zeit, in der, wie die Unterſuchungen von Bechmann und Degenkolb ergeben haben, die begriffliche Scheidung von Kauf und Miethe durchgeführt

1) Bechmann, Kauf, I S. 423.
2) Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. 140 ff., 80 ff., 208 ff.
3) Vgl. Voigt, Das Jus naturale, Bd. IV. S. 591 ff.

war, war eine so konsequente Vernachlässigung des Unterschiedes, wie sie die herrschende Lehre mit ihrer Auffassung der venditio ususfructus der römischen Jurisprudenz zumuthet, ein Ding der Unmöglichkeit. Die venditio ususfructus kann schlechterdings nicht die Bestellung eines obligatorischen Gebrauchsrechtes für den Käufer, sondern muß die Entäußerung eines Rechtes des Verkäufers, einen translativen oder konstitutiven Uebergang eines Rechtes aus einem Vermögen in das andere zum Zwecke gehabt haben. Es muß durch den Kauf oder doch in Erfüllung desselben dem Käufer ein absolutes Recht übertragen worden sein. Damit wäre erklärt, warum neben der Miethe des Nießbrauchs, der „Uebertragung der Ausübung", der Verkauf des Usufruktes eine selbständige Bedeutung in Anspruch nimmt.

Zu allem Ueberfluß fehlt es uns nicht an einem ausdrücklichen Zeugniß dafür, daß die Römer ein Rechtsgeschäft kannten, durch welches der Nießbraucher sich zum „auctor" eines fremden dinglichen Rechtes, wenn auch nicht durch translativen, so doch durch konstitutiven Rechtsübergang machte.

Zwar mit Elvers [1]) als Beweis die L. 57 soluto matrimonio 24, 3 anzuführen, würde ich für zu gewagt halten. Denn wenn in dieser Stelle Marcellus die Restitution des als dos bestellten Nießbrauches geschehen läßt „cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir jure suo cedat mulieri fruique eam patiatur", so braucht das nicht nothwendig auf eine dingliche Entäußerung zu gehen; es könnte vielmehr gerade aus der Wendung „frui pati" auf Miethe geschlossen werden.

Dagegen ist entscheidend die L. 11 § 2 de pignor. 20, 1 (Marcian):

„Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari,

1) S. 246.

quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet: Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, ‚non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum praetor tuebitur: ‚si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit'; nam et quum emptorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicitur exceptio."

Also: Wenn der Nießbraucher sein Recht verpfändet, so wird der Pfandgläubiger der dinglichen Klage des Eigenthümers wie des Nießbrauchers gegenüber durch die Einrede aus dem Pfandvertrage geschützt, denn bekanntlich schützt der Prätor auch den Käufer des Nießbrauches.

Daß der hier dem Pfandgläubiger gewährte Schutz ein absolut wirkender ist, darüber sollte doch kein Zweifel bestehen. Man hat gemeint, der Pfandgläubiger mache als procurator in rem suam des Nießbrauchers dessen konfessorische Klage und Einrede geltend [1]). Das ist aber aus einer Reihe von Gründen unmöglich. Ich sehe davon ab, daß eine solche Rechtsbildung im modernen Rechte, das die Prozeßprokuratur zu eigenem Rechte nicht kennt, eine Stätte vergeblich suchen dürfte. Ich sehe ferner, um nicht zu weit abzuschweifen, davon ab, daß überhaupt die Cession dinglicher Klagen nur in ganz bestimmten Fällen denkbar ist, da nämlich, wo es sich um eine Uebertragung des Rechtes selber handelt, die fremder Besitz unmöglich macht. Schon die folgenden Erwägungen werden genügen:

1) Bangerow a. a. O., Schönemann S. 66; Muther, Actio, S. 111 ff.; Arndts, Civil. Schrift. a. a. O.

1) Nach L. 11 § 2 cit. kann der Nießbrauch zu Faustpfand und Hypothek gegeben werden. In letzterem Falle soll also der Nießbraucher einstweilen noch das uti frui haben. Und die confessoria actio, die ihm die Nutzung sichert, soll er durch die Verpfändung auf den Pfandgläubiger übertragen haben, der fürs erste gar keine Verwendung dafür hat?

2) Dagegen mag man sagen: Der Pfandgläubiger gilt als Prozeßmandatar nur dann, wenn er sich in den Besitz der Pfandsache setzt[1]) oder zwecks Befriedigung zur Veräußerung der „Ausübung des Nießbrauches" schreitet. Er macht dann den Erwerber zum procurator in rem suam des Nießbrauchers. Mir will indes scheinen, als sei mit dem Prozeßmandat wie dem Nießbraucher so jetzt auch dem Pfandgläubiger schlecht gedient, denn als obligatorisches Recht schützt es ihn nicht vor der dinglichen Klage des Nießbrauchers und hat also auch für andere Erwerber nichts Verlockendes. Dem Gläubiger, der schon ein obligatorisches Recht hat, zur Sicherung noch ein zweites hinzuzugeben, wäre, wie Elvers[2]) mit Recht bemerkt, ein bloßes Spiel. Wenn dagegen Schönemann[3]) erwidert, nachdem der Ususfrukt einmal verpfändet sei, könne selbst eine vom Nießbraucher angenommene weitere Verpfändung oder Uebertragung dem ersten Pfandgläubiger nichts mehr schaden, da der Nießbraucher nur übertragen könne, was er selbst besäße, also nur „das Recht des Ususfruktes mit anhaftender Verpfändung", so weiß ich nicht, was man anders daraus folgern soll als was Schönemann gerade widerlegen will, daß nämlich das Recht des Pfandgläubigers nothwendig ein dingliches sein müsse.

1) Das antichretische Faustpfand am Nießbrauch wird der Natur dieses Rechtes am besten entsprechen.

2) S. 287.

3) S. 88.

Auch kann das pignus nominis nicht zum Beweiſe dafür angeführt werden, daß dem Pfandgläubiger mit der mandata actio des Nießbrauchers hinreichend gedient ſei[1]). Denn erſtlichmal handelt es ſich um ganz verſchiedene Dinge. Das Forderungspfandrecht gipfelt in dem Recht zur Beitreibung der Forderung, es iſt im Grunde eine bedingte Ceſſion[2]), die durch das Prozeßmandat vermittelt wird. Der Werth des Nießbrauchspfandrechtes dagegen liegt entweder in dem Recht zur Fruchtziehung (Fauſtpfand) oder in dem Rechte des Verkaufes des Nießbrauches (Hypothek). Für dieſe Zwecke aber war, wie wir geſehen haben, mit dem Prozeßmandat gar nichts geholfen. Und ſodann hat ja doch ſchließlich nicht einmal für das Forderungsrecht den Römern das Prozeßmandat genügt, vielmehr haben ſie ſich genöthigt geſehen, dem Pfandgläubiger wie dem Cedenten die actio des Rechtsvorgängers als utilis suo nomine zu geben! Sollten ſie dieſen Schritt nicht erſt recht beim Pfandrecht am Nießbrauche für nothwendig gehalten haben?

3) Mögen aber ſchließlich auch Nießbraucher wie Pfandgläubiger mit der Mandirung der confessoria actio zufrieden ſein dürfen — die L. 11 § 2 cit. muß etwas Anderes im Auge haben. Denn ſie ſchützt den Pfandgläubiger eadem ratione gegenüber der dinglichen Klage des Nießbrauchers. Wie könnte ſie das auf Grund eines dem Pfandgläubiger ertheilten Mandates zur Anſtellung eben derſelben Klage? Der Schutz des Pfandgläubigers muß nothwendig dinglicher Natur ſein[3]), das perſönliche Mandat gewährt ihn nicht, ſelbſt dann nicht,

1) Dies gegen Arndts a. a. O. und gegen die gänzlich verfehlte Polemik von Schönemann, S. 69.

2) Dernburg, Pfandrecht, Bd. I S. 462.

3) Windſcheid, Actio, S. 139; Pandekten I § 205 Anm. 4; Puchta § 181 Anm. e.

wenn es nicht durch die Klage des Nießbrauchers implicite widerrufen wäre. Die exceptio: „nisi inter creditorem et eum ad quem ususfuctus pertinet convenerit, ut ususfructus pignori sit“ ist das deutliche Gegenstück zur exceptio rei venditae et traditae. Daß der Prätor es wie hier so auch dort nicht bei der exceptio bewenden ließ, sondern den Nießbrauchspfandgläubiger mit dinglicher Klage ausstattete, darf ohne weiteres behauptet werden[1]) und ist überdies in der allgemein gehaltenen Wendung Papinians „tuendum esse creditorem“ angedeutet.

Der Nießbrauchspfandgläubiger erhielt demnach eine utilis confessoria actio. Der Wortlaut der Formel wird ebenso wenig sicher festzustellen sein, wie der der utilis actio des Cessionars; möglich, daß sich der Prätor begnügte, wie die exceptio so die actio durch den in factum konzipirten Zusatz: „tunc, si inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit, ut ususfructus pignori sit“ dem Pfandgläubiger zuzuwenden.

Daß, wer den Usufrukt kaufte, nicht schlechter gestellt sein konnte, als wer ihn verpfändet erhielt, ist schon deshalb selbstverständlich, weil der Hypothekar schließlich auf den Verkauf des Nießbrauchs angewiesen war. Ueberdies wird es aber in der L. 11 § 2 cit. ausdrücklich bestätigt und der dem Käufer gewährte Schutz als Vorbild für den dem Pfandgläubiger zu gewährenden hingestellt. Also steht auch dem Käufer des Nießbrauches die dingliche Klage zu.

Für die Dogmatik des spätklassischen römischen Rechtes ergiebt sich daraus der Satz: Der Nießbrauch ist übertragbar, zwar nicht translativ, aber konstitutiv.

1) Uebereinstimmend Windscheid, Pandekten a. a. O. Anm. 4. Auch Arndts, S. 194 Anm. 14 hält den Schluß von der exceptio auf die actio für gerechtfertigt.

Der Prätor giebt dem Nießbrauchserwerber ein dingliches Recht, deſſen auctor der Nießbraucher iſt, wie der Eigenthümer ſeinerſeits auctor des Nießbrauches. Damit iſt für die emptio ususfructus die Erklärung gegeben, die die herrſchende Meinung verſagte.

Die Entwickelung der Uebertragung des Nießbrauches von der Uſusfruktmiethe bis zum Uſusfruktkauf in ihren Einzelheiten zu verfolgen, iſt bei der Dürftigkeit der Quellen ausgeſchloſſen. Wir können nur den Abſchluß, wie geſchehen, mit Sicherheit feſtſtellen. Wir ſehen indeſſen ein analoges Fortſchreiten von obligatoriſcher Ueberlaſſung zu dinglicher Uebertragung nicht nur in der Geſchichte der Ceſſion, ſondern können es auch in der Geſchichte der Begründung der Superficies und des Nießbrauches durch den Eigenthümer verfolgen [1]).

Der Gang der Entwickelung wird demnach der geweſen ſein, daß man, als die Unübertragbarkeit des Uſusfruktes läſtig empfunden wurde, durch Vermiethung desſelben half; der obligatoriſche Schutz genügte indeſſen auf die Dauer nicht, daher gewährte der Prätor dem Uſusfruktmiether eine dingliche Klage in den Fällen, wo es den Parteien darauf ankam, den Miether „sicut potest“ zum Rechtsnachfolger des Nießbrauchers zu machen. Damit wurde die „Uebertragung der Ausübung“ zur Veräußerung, und es entſprach nur der Bedeutung des Kaufes im Rechtsverkehr, wenn man allmählich dazu überging, ihn anſtatt der Miethe zur konſtitutiven Uebertragung des Nießbrauchs zu verwenden. Daneben aber blieb die Uſusfruktmiete als obligatoriſcher Vertrag auf Ueberlaſſung des Gebrauches gegen Entrichtung eines wiederkehrenden Miethzinſes in Uebung.

---

1) Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miethe, I. Abhandlung, namentlich S. 23 ff., S. 162; II Abhandlung, S. 208, S. 216 ff.

Daß der Kauf, ein obligatorischer Vertrag, das dingliche Recht des Nießbrauchserwerbers erzeugen soll, hat den älteren Vertretern der Uebertragbarkeit des Usufruktes den Vorwurf völliger Verkennung des Gegensatzes zwischen der nur obligatorisch wirkenden Parteiberedung und der dinglich wirkenden Besitzeinräumung zugezogen [1]). Seit es herrschende Lehre geworden ist, daß nach Justinians Absicht die Servituten durch einfachen Vertrag begründet werden [2]), wird die Meinung, daß die Römer die dingliche Uebertragung des Usufruktes durch bloße Parteiberedung bewirkt haben, auf solche Bedenken nicht mehr stoßen. Wenn diese Parteiberedung regelmäßig als emptio venditio erscheint, so ist das nur ein Ausdruck der Beobachtung, daß einmal der Kauf die gewöhnliche causa der Uebertragung ist und daß ferner die Uebertragung und ihre causa wie ehedem in der Mancipation so auch jetzt noch regelmäßig in ein Geschäft zusammenfließen, der Kauf Realkauf ist. Uebrigens spricht Ulpian zweimal davon, daß „cautionibus interpositis" die Veräußerung des Nießbrauches durch den Nießbraucher bewirkt werde (L. 57 soluto matrim. 24, 3; L. 16 fam. hercisc. 10, 2).

Der letztgenannten Stelle geht gerade diejenige voraus, in der die civilrechtliche Unübertragbarkeit des Nießbrauches am nacktesten ausgesprochen ist, und um so interessanter ist es, daß die prätorische konstitutive Uebertragung als Korrektur des civilen Rechtes hinzugefügt wird. Daher mögen zur Bekräftigung des Gesagten die Quellen selbst noch einmal das Wort erhalten:

Paulus: „nec enim a persona discedere sine interitu sui (sc. ususfructus) potest".

1) Vgl. Arndts, Civil. Schriften a. a. O.
2) Windscheid, 1 § 212.

Ulpian.: „et puto officio judicis contineri, ut, si volent heredes a communione usufructus discedere, morem eis gerat, cautionibus interpositis".

Die konſtitutive Uebertragung des Nießbrauches war ein prätoriſcher Umweg zum Ziele der Uebertragung. Geboten war er, wie wir ſahen, nicht durch die Eigenart des Nießbrauchsbegriffes, ſondern durch die Abneigung der Römer gegen die Herleitung von Rechten aus den Vertragshandlungen dritter, freier Perſonen. Es mag übrigens, wie ich hier hinzufügen will, noch ein anderes Moment mitgewirkt haben. In Rom, wo man die geſetzliche Nießbrauchsobligation [1]) nicht kannte, bedurfte es zur Begründung derſelben der Kaution des Nießbrauchers. Bis zu ihrer Beſtellung konnte der Eigenthümer die Nießbrauchsſache retiniren. Es handelte ſich alſo um ein Synallagma: Austauſch von Leiſtung und Verſprechen. Das verknüpfte Nießbrauchsrecht und Nießbrauchsobligation ſo eng mit einander, daß eine Uebertragung des einen ohne Eintritt in die andere unmöglich erſcheinen mußte [2]). Dies unſer Reſultat.

Aber der prätoriſche Umweg enthielt doch auch nicht geringe Hinderniſſe.

Durch konſtitutiven Rechtsübergang entſtanden, bleibt das Recht des Nießbrauchskäufers abhängig von der Dauer des Rechtes des Nießbrauchers [3]). Die civilen Beendigungsgründe des letzteren wirken daher nothwendig auch auf das Recht des Käufers. Unter ihnen ſpielt nun eine für die römiſche Jurisprudenz ſehr intereſſante Rolle der Nichtgebrauch des Rechtes. Und mit dieſem Beendigungsgrunde ſich abzufinden, war keine ganz leichte Aufgabe.

1) Vgl. oben S. 285.
2) Soweit ſtimme ich Muther's Ausführungen (Actio, S. 108) zu.
3) Vgl. das oben S. 284 darüber Geſagte.

Wenn der Uſufruktuar Nutzen und Fruchtziehung einem Anderen überläßt, ſo tritt, ſtreng genommen, der Fall des Nichtgebrauches des Uſusfruktes ein; er muß untergehen und mit ihm das übertragene Recht. Man kann allenfalls mit Gaius und Marcian (L. 38—40 de usufructu 1, 7) annehmen, wer ſich vom Nießbraucher die Ausübung übertragen laſſe, *gebrauche* die Sache nomine usufructuarii, beim beſten Willen aber kann man nicht behaupten, daß er usufructuarii nomine die Früchte percipire; denn ſie müßten ſonſt Eigenthum des Nießbrauchers, nicht Eigenthum des Percipirenden werden. Da hat man denn einen eigenthümlichen Ausweg gefunden. Man hat geſagt (Ulpian in L. 12 § 2 de usufructu 7, 1): Auch wer den Nießbrauch vermiethet oder verkauft, bleibt im Fruchtgenuß, denn er genießt das pretium. Ja ſelbſt die ſchenkweiſe Vergebung der Einkünfte des Uſusfruktes ändert daran nichts — Gründe fehlen. v. *Ihering*[1]) hat gerade die letztere Entſcheidung dem Ulpian als eine beſondere Feinheit angerechnet wegen der in ihr enthaltenen Anerkennung des ideellen Genuſſes; indeſſen handelt es ſich für Ulpian, wie mir ſcheint, weniger um die Frage, ob die Schenkung dem Nießbraucher einen Genuß verſchafft, ſondern darum, ob er eine beſtimmte Art des Genuſſes, das Einkommen der Sache behält, und zwar ſo behält, daß ſich daraus der Wille zur Fortſetzung des uti frui erkennen läßt.

So beſehen, muß die Entſcheidung Ulpian's höchſt künſtlich erſcheinen; man kann zwar ſagen, daß der *Vermiether* durch fortgeſetztes Beziehen des Miethszinſes das frui behält; wenn aber der Nießbraucher ſein Recht *verkauft*, ſo genießt er zwar das pretium, aber eben nicht die fructus, auf die es

1) Geiſt des römiſchen Rechtes, III, 1 S. 335.

doch gerade ankommt[1]). Und wenn er das uti frui Anderen ſchenkweiſe überläßt, liegt die Sache noch klarer.

Aber die Schwierigkeiten wurden noch größer. Betrachtete man den Nießbraucher trotz der Veräußerung als im Fruchtgenuſſe befindlich, ſo konnte es konſequenterweiſe für die Erhaltung des Nießbrauches gar nicht darauf ankommen, ob der Miether oder Käufer wirklich Gebrauch von ſeinem Rechte machte. So entſcheidet denn auch Gaius in L. 39 cit. Anders Ulpian.

Er ſagt in L. 29 pr. § 1 quibus modis ususfr. 7, 4: „si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus; sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: nec enim meo nomine fruitur colonus. sed si emptum a me usumfructum proprietarius vendidisset, amitterem usumfructum, quaerendum est. et puto amitti, quoniam et hic non ut a me empto fruitur fundi emptor".

Hat alſo Jemand den ihm vom Nießbraucher vermietheten Uſusfrukt weiter vermiethet, ſo kommt es für die Frage, ob das uti frui des Aftermiethers maßgebend iſt für den Fortbeſtand des Nießbrauches, darauf an, ob der erſte Miether etwa Eigenthümer der Nießbrauchsſache war und nun suo nomine, d. h. als Eigenthümer weiter vermiethet hat. In dieſem Fall geht der Nießbrauch unter; denn es iſt Niemand da, der im Namen des Nießbrauchers die Fruchtnutzung ausübt. Anders, wenn der Miether nomine usufructuarii weitervermiethet hat; denn hier geſchieht auch das uti frui im Namen des Nießbrauchers. Hat endlich der Eigenthümer der Nießbrauchſache den Nießbrauch gekauft[2]) und weiterverkauft, ſo

1) Trotzdem ſagt auch Gaius in L. 39 cit.: „Qui pretio utitur, non minus habere intellegitur quam qui principali re utitur fruitur."

2) Konſolidirt ſich denn der Nießbrauch nicht mit dem Eigenthum,

geht er durch Nichtgebrauch unter, ohne Rückſicht darauf, ob er nomine proprietarii oder usufructuarii weiter verkauft wurde.

Die Entſcheidung, die Ulpian nach dem Vorgange des Pomponius fällt, trägt durchaus der natürlichen Auffaſſung der Dinge Rechnung, inſofern ſie ſagt, es kommt für den Fortbeſtand des Uſusfruktes darauf an, ob Käufer und Miether in der Fruchtnutzung bleiben. Aber konſequent iſt ſie nicht; denn ſonſt hätte ſie ſchon bei Verkauf des Nießbrauches durch den Nießbraucher den Untergang des Rechtes eintreten laſſen müſſen. Und mit dem Wortlaut der citirten Gajusſtelle iſt ſie ſchlechterdings nicht zu vereinen [1]).

Dadurch, daß man, durch einen Mangel des Syſtemes gezwungen, einen Seitenweg eingeſchlagen hatte, war man eben ſchließlich in eine Sackgaſſe gerathen. Sollen wir in der Sackgaſſe ſtecken bleiben?

Worauf zielen denn eigentlich die citirten Entſcheidungen der römiſchen Juriſten ab? Ich glaube, auf dieſen Satz: Nach Ueberlaſſung der Nutznießung an einen Anderen iſt das weitere Verhalten des Nießbrauchers ohne Einfluß auf das Fortbeſtehen des Nießbrauches und damit des von ihm abgeleiteten Rechtes! Verſtehen wir ſo den Satz, daß durch Veräußerung der Nutznießung der Nießbraucher dauernd in der Nutznießung bleibe, ſo dürfen wir nunmehr ohne weiteres die Entſcheidung Ulpian's acceptiren, daß es für den Fortbeſtand des Rechtes auf das uti frui nicht des Nießbrauchers, ſondern deſſen, der die Nutznießung erworben hat, ankomme. Sie bildet

---

wenn ihn der Eigenthümer zurückkauft? (L. 57 D. 24, 3). Nein, dann nicht, wenn er unter einem dies ad quem zurückgekauft wurde. In dieſem Falle wurde er nicht durch in jure cessio, ſondern wie in L. 29 cit. durch Kauf zurückgegeben.

1) Windſcheid, § 216 Anm. 4.

dann die nothwendige Ergänzung zu dem oben aufgeſtellten Satze.

Und ferner: Soll das vom Nießbrauche abgeleitete Recht untergehen, wenn der Nießbraucher durch andere als die vorausbeſtimmten Erlöſchungsgründe ſein Recht verliert? Wenn er es derelinquirt? Wenn er es rücküberträgt an den Eigenthümer? Wenn er den Eigenthümer beerbt oder dieſer ihn?

Die Quellen haben dieſe Fragen nicht behandelt. Sie ſind von der modernen Praxis in dem Sinne ergänzt worden, den ich ſoeben den Quellen entnehmen zu dürfen geglaubt habe. Die Praxis antwortet mit Recht auf die geſtellten Fragen: nein![1]) Aber ihre Gründe ſind wenig überzeugend. Zwar bei unfreiwilliger Konſolidation trifft die von Windſcheid[2]) vorgebrachte Analogie der L. 3 § 2 de usufr. accresc. 7, 2 zu: „si duobus usufructus legatur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet", wie auch die Analogie des Nießbrauches an der Emphyteuſe[3]). Aber zu behaupten, daß ein Verzicht auf den Nießbrauch „das abgetretene, der Dispoſitionsbefugniß des Uſufruktuars entzogene Recht auf die Ausübung des Nießbrauches nicht trifft", wie R. G. XVI, S. 112 will, geht nicht wohl an. Denn nicht darauf kommt es an, ob der Nießbraucher über das von ihm beſtellte Nutzungsrecht noch disponiren kann, ſondern darauf, ob das letztere den Nießbrauch überdauern kann, und dieſe Frage iſt zu verneinen. Verliert der Emphyteuta durch Privation ſein Recht, ſo gehen die von

1) R. G. XVI, S. 110 (Seuff. Arch., N. F. XII, 20). Vgl. auch Seuff. Arch., N. F. V, 189.

2) § 205 Anm 4 am Ende.

3) Vgl. oben S. 297; Bürkel, Beiträge, S. 60.

ihm bestellten Servituten unter, obgleich sie der „Disposition des Emphyteuta entzogen sind“ [1]); zerfällt dem Nießbraucher sein Recht, so gehen die aus ihm abgeleiteten Rechte mit zu Grunde.

Aber die Praxis hat doch das Richtige getroffen, nur ihre Gründe sind falsch.

Es entspricht den Anforderungen des Lebens, daß der Nießbraucher auf das Recht dessen, dem er seinen Nießbrauch verschenkt oder verkauft hat, jedwede Einwirkung verliert. Dieser Zweck ist aber nur dadurch zu erreichen, daß man dem Nießbraucher gestattet, sein Recht selbst zu übertragen und nicht nur die Ausübung. Indessen geschieht die Uebertragung, wie ich schon eingangs hervorhob und hier nochmals betonen will, mit der Maßgabe, daß auch in der Hand des neuen Berechtigten der Nießbrauch mit dem Tode des ersten Erwerbers endigt, sofern es sich nicht um einen vererblichen Nießbrauch handelt.

Gründe, die für uns nicht mehr vorhanden sind, hinderten die Römer, die vollen Konsequenzen derjenigen Zugeständnisse zu ziehen, die man im Widerspruche mit der angenommenen Konstruktion dem Leben gemacht hatte. Wir haben nicht Konstruktionen von den Römern übernommen, sondern Rechtssätze. Haben wir die römischen Sätze, die mit der juristischen Konstruktion in Widerspruch standen, nicht nur nicht aufgegeben, sondern ihnen noch neue hinzugefügt, so ist es unsere Pflicht, diejenige Konstruktion zur Geltung zu bringen, die den positiven Rechtssätzen sich anpaßt. Daraus ergiebt sich für uns die Folge, daß zwar nach wie vor die Ausübung des Nießbrauches, außerdem aber auch das Recht selbst als übertragbar zu gelten hat.

1) Dernburg, Pfandrecht, I S. 221; L. 81 de pignoribus 20, 1.

Der deutsche Entwurf I. Lesung hatte, wie ich eingangs bemerkte, in § 1011 den Satz aufgenommen: „Der Nießbrauch kann veräußert und belastet werden." Der Entwurf war darin dem code civil gefolgt, der in Art. 595, 2118 die Veräußerung und Belastung des Nießbrauches für zulässig erklärt, mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß das Recht des Nachfolgers nur so lange wirksam ist als die Nutznießung zu Folge ihres Rechtstitels dauert, sowie, daß der ursprüngliche Nutznießer dem Eigenthümer weiterhaftet [1]).

Neben der Veräußerung des Rechtes durch den Nießbraucher kennt der Entwurf I (§ 1008) noch die Bestellung eines obligatorischen Rechtes zur Nutznießung durch den Nießbraucher, die sog. „Uebertragung der Ausübung," der gemeinrechtlich herrschenden Doktrin.

Der Entwurf II. Lesung kehrt — wenigstens scheinbar — zur letzteren zurück und sagt im § 968: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauches kann einem Anderen überlassen werden." Das ist eine in der Geschichte des bürgerlichen Gesetzbuches fast einzig dastehende Erscheinung, und es lohnt wohl, ihren Gründen nachzugehen.

Die Motive zu § 1011 des Entwurfes I [2]) gehen de lege ferenda von der Anschauung aus, die ich de lege lata vertreten habe. Die Ausschließung der translativen und Zulassung der konstitutiven Uebertragung mit der Wirkung, daß für den Nießbraucher ein Recht ohne Inhalt übrig bleibt, ist ihnen eine ungesunde Rechtsbildung, deren der Gesetzgeber ohne zwingenden Grund sich nicht bedienen dürfe. Ein solcher, aus dem Wesen des Nießbrauches sich ergebender Grund ist aber nach Ansicht der Motive nicht vorhanden.

1) Vgl. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechtes (VIII. Aufl.), § 209, S. 681.

2) Motive, Bd. III S. 525 ff.

Dagegen hat sich, nach den Mittheilungen von Reatz[1]) zu schließen, in der II. Lesung die Mehrheit der Kommission auf den Standpunkt gestellt, den Bähr in seiner Kritik des ersten Entwurfes vertheidigt und den auch die Mecklenburg-Schwerin'sche Regierung[2]) zu dem ihrigen gemacht hat.

Bähr[3]) ist der Ansicht, daß der Nießbrauch auf einem Vertrauensverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher beruhe und deshalb nicht zum Gegenstande des Verkehrs gemacht werden dürfe. Zugegeben, daß dem so sei — was wäre daraus zu folgern? Wie mir scheint, sowohl die Unzulässigkeit einer Uebertragung der Ausübung des Rechtes zu eigenem Vortheil des Ausübenden wie die Unzulässigkeit der Uebertragung des Rechtes selbst.

Denn mit dem Worte von der Vertrauensstellung des Nießbrauchers soll doch offenbar dieses ausgedrückt sein: Regelmäßig werden Nießbrauchsrechte nur Verwandten oder sonst nahestehenden Personen bestellt, für deren Lebensunterhalt man sorgen will. Diesen Personen schenkt der Eigenthümer genug Vertrauen, um ihnen sein Eigenthum in die Hände zu geben; sie sollen es nicht nur gebrauchen und nützen, sondern es auch verwalten. Deshalb braucht es sich der Eigenthümer nicht gefallen zu lassen, daß ein Anderer statt des Nießbrauchers mit seinem Gute schaltet und waltet. Das hat auch offenbar der Westfälische Bauernverein[4]) gemeint, als er folgende Bestimmung vorschlug:

„Hat Jemand in einem Gutsüberlassungsvertrage mit seinem Abkömmling oder Ehegatten sich den Nießbrauch

1) Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfes, Bd. I S. 516.
2) Bemerkungen derselben, Bd. I S. 282.
3) Archiv für bürgerl. Recht, II S. 149.
4) Zusammenstellung von gutachtlichen Aeußerungen z. Entwurfe, VI S. 571.

vorbehalten, so ist er zur Veräußerung des Nießbrauchsrechtes nur auf Grund ausdrücklichen Vorbehaltes oder mit Zustimmung des Eigenthümers ermächtigt".

Motivirt wird der Vorschlag damit, daß der Nießbrauch nach den Begriffen des Bauernstandes höchstpersönlich sei und seine Veräußernng als Chikane empfunden werde. Indem der Entwurf II diesen Erwägungen Rechnung trägt, stellt er sich aber nicht, wie seine Verfasser zu glauben scheinen, auf den Standpunkt des Justinianischen, sondern auf den des ältesten römischen Rechtes [1]). Was bei dessen Betrachtung über das Verhältniß von Uebertragung des Rechtes und Uebertragung der Ausübung von mir gesagt worden ist, muß daher auch hier berücksichtigt werden, und ich stelle also zur Frage: Macht es für die Empfindungen des Bauern auch nur den geringsten Unterschied aus, ob kraft dinglichen oder nur kraft obligatorischen Rechtes ein Fremder mit seinem Gute schaltet?

Ich glaube, er denkt nicht so formalistisch; ihm erscheint das Recht nicht im Prozeß, sondern in der Ausübung, d. h. der wirthschaftlichen Verwerthung der Rechtsbefugniß. Und überdies soll ja doch nach dem Entwurf II auch der Miether dinglich geschützt sein! Also es darf Jemand sich für die Dauer des Nießbrauches dessen Ausübung übertragen lassen, wird in Folge dessen gegen jeden Störer, auch den Eigenthümer, geschützt; aber er darf sich nicht Nießbraucher nennen, denn das widerspräche der Vertrauensstellung des Nießbrauchers!

Wie ist es dann aber zu halten? Soll auch die Ausübung des Nießbrauches unübertragbar sein? Ich glaube, das Richtige ist Folgendes: Es giebt Fälle, wo in dem Nießbrauch das Element des „usus" überwiegt und wo deshalb wie der römische usus so der Nießbrauch auch der Ausübung nach un-

1) Vgl. oben S. 280 ff.

übertragbar sein muß. Man kann das auch so ausdrücken: in bestimmten Fällen pflegen die Parteien von einem Nießbrauche zu reden, obgleich sie die beschränkte persönliche Dienstbarkeit des § 999 des Entwurfes II im Auge haben. So insbesondere bei der von dem Westfälischen Bauernverein erwähnten Bestellung eines Nießbrauches zum Altentheil für den abtretenden Hofbesitzer.

Regelmäßig aber wird es dem Besteller des Nießbrauches gleichgültig sein, ob der Nießbraucher selbst die Nießbrauchsache gebraucht oder ob er den Gebrauch einem Anderen überläßt, entgeltlich oder unentgeltlich. Geschieht aber diese Ueberlassung des Gebrauches der Nießbrauchsache für die Dauer des Nießbrauches, so liegt auch nicht der mindeste Grund vor, warum man nach römischer Weise dem Nießbraucher ein Recht ohne Inhalt lassen und nicht vielmehr den Nießbrauch einfach übergehen lassen soll. Gegen die Gefahr, Gegenstand des Verkehrs, d. h. Handelsobjekt zu werden, sichert den Nießbrauch schon regelmäßig die Unbestimmtheit seiner Dauer. Der Gesetzgeber hat gar keine Veranlassung, dieser wirthschaftlichen Ueberzeugung durch eine gekünstelte theoretische Konstruktion Ausdruck zu verleihen. Ich bin daher der Ansicht, daß zu der Grundlage des Entwurfes I zurückzukehren ist.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1887

## VI.

# Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuches für das Deutſche Reich in zweiter Leſung.

Von **Emil Strohal.**

Wie ich über den Entwurf zweiter Leſung im Allgemeinen denke, habe ich bereits in meinem, Bd. XXXIII S. 361 ff. dieſer Jahrbücher abgedruckten Vortrage ausgeſprochen. Mein Urtheil war ein im Weſentlichen günſtiges, und ich freue mich, dasſelbe jetzt auch auf das inzwiſchen zur Veröffentlichung gelangte dritte, das Sachenrecht behandelnde Buch erſtrecken zu können. Der gegenüber der erſten Leſung erzielte Fortſchritt iſt m. E. beim III. Buch zweiter Leſung ſogar noch ein viel größerer als beim I. und II. Die zweite Kommiſſion war mit Recht aus Mitgliedern, welche auch ſchon der erſten Kommiſſion angehört hatten, und neuen Mitgliedern zuſammengeſetzt worden. Hieraus mußte ſich mit Nothwendigkeit ergeben, daß die Initiative zur Abänderung des erſten Entwurfs vorzugsweiſe dieſen Mitgliedern zufiel, während jene mehr darauf bedacht waren, die Beſtimmungen des erſten Entwurfs thunlichſt zu rechtfertigen und feſtzuhalten. Von dieſen beiden innerhalb der Kommiſſion mit einander ringenden Richtungen war die letztere bei Beginn der Berathungen ent-

ſchieden die ſtärkere, und nur ſehr allmählich konnte eine Kräfteverſchiebung zu Gunſten der erſteren eintreten. Daß ſich aber eine ſolche vollzogen hat, kommt ganz beſonders im Sachenrecht zu deutlichem Ausdruck. Es ſtellt ſich dar als eine tiefgehende, keineswegs bloß das Detail betreffende Umarbeitung der erſten Leſung, es zeugt von Selbſtändigkeit und Geſtaltungskraft und iſt geeignet, die Erwartung zu begründen, daß auch die beiden noch ausſtändigen Bücher des Entwurfs zweiter Leſnng [1]) der Kommiſſion zur Ehre gereichen werden. Mit ſolch günſtigem Geſammturtheile ſind erhebliche Bedenken im Einzelnen ſehr wohl verträglich. Die ſchon in meinem Vortrage ausgeſprochene Ueberzeugung, daß eine Reviſion des Entwurfs zweiter Leſung nicht zu entbehren ſein werde, iſt in mir vielmehr bei Durchprüfung des Sachenrechts nur noch gefeſtigt worden. Ich will es verſuchen, dieſen Standpunkt durch eine fortlaufende Beſprechung des ganzen Entwurfs zweiter Leſung zu rechtfertigen. Durch ihren eben angegebenen Zweck ſind meinen Ausführungen zugleich gewiſſe Grenzen geſteckt. Es handelt ſich mir nämlich durchaus nicht darum, den Leſer über den Inhalt des Entwurfs zweiter Leſung und über die an dem Entwurf erſter Leſung vorgenommenen Aenderungen allſeitig zu orientiren, und zwar um ſo weniger, als dieſer Aufgabe ohnedies durch ſorgfältige Arbeiten Anderer aufs Beſte entſprochen wird. Der Geſichtswinkel, unter welchem ich den Entwurf zweiter Leſung betrachten und beurtheilen will, iſt lediglich der, ob und inwieweit der letztere vor der Vorlage an den Reichstag noch einer nicht bloß formalen und redaktionellen, ſondern auch ſachlichen Reviſion bedarf.

1) Das ſeit der Niederſchrift dieſer Zeilen veröffentlichte IV., das Familienrecht enthaltende Buch rechtfertigt in der That die im Texte ausgeſprochene Erwartung.

## I. Buch. Allgemeiner Theil.

Von den ſieben Abſchnitten des allgemeinen Theils ſcheide ich vier von vorne herein aus, den zweiten (Sachen), weil, was gegen einzelne Beſtimmungen dieſes Abſchnittes allerdings einzuwenden iſt, nur im Zuſammenhang mit einer Beſprechung des Sachenrechts ausgeführt werden kann, den vierten (Friſten, Termine), ſechſten (Selbſtvertheidigung, Selbſthülfe) und ſiebenten (Sicherheitsleiſtung), weil ich zu denſelben Erhebliches überhaupt nicht zu ſagen habe. Es bleiben alſo hier nur zu beſprechen der erſte, dritte und fünfte Abſchnitt.

### Natürliche Perſonen (I. Abſchnitt, 1. Titel).

Von den Beſtimmungen dieſes Titels geben mir nur die über Todeserklärung und Lebensvermuthung zu einigen Bemerkungen Anlaß. Zunächſt § 2:

> Ein Verſchollener kann für todt erklärt werden, wenn ſeit zehn Jahren keine Nachricht von ſeinem Leben eingegangen iſt. Sind ſeit der Geburt des Verſchollenen 70 Jahre verſtrichen, ſo genügt ein 5-jähriger Zeitraum.
>
> Der 10- oder 5-jährige Zeitraum beginnt mit dem Schluſſe des Jahres, in welchem der Verſchollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Sind zu dieſer Zeit ſeit der Geburt des Verſchollenen noch nicht 21 Jahre verſtrichen, ſo beginnt der 10-jährige Zeitraum erſt mit dem Schluſſe des 21. Jahres [2]).

2) Hierunter iſt wohl der Schluß des Kalenderjahres zu verſtehen, in deſſen Lauf der 22. Geburtstag des Verſchollenen fällt. Vgl. aber auch Hölder im Archiv f. civ. Praxis Bd. 80 S. 3, 4. Es wäre wünſchenswerth, daß ein Zweifel hierüber gänzlich ausgeſchloſſen würde.

Unſer Paragraph enthält zunächſt den zweifelloſen Rechtsſatz, daß ein Verſchollener nach Ablauf eines 10-jährigen Zeitraums, welcher mit dem Schluſſe des Kalenderjahres beginnt, in welchem der Verſchollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, für todt erklärt werden kann. Statt des 10-jährigen Zeitraums ſoll jedoch ein 5-jähriger genügen, wenn ſeit der Geburt des Verſchollenen 70 Jahre verſtrichen ſind. Bezüglich der hiermit noch nicht hinreichend genau beantworteten Frage, unter welchen Modalitäten ſtatt des regelmäßigen 10-jährigen ein nur 5-jähriger Zeitraum abgelaufen zu ſein brauche, iſt eine vierfache Löſung möglich: Man kann nämlich entweder entſcheiden, daß der Ablauf der 5-jährigen Friſt nur dann genüge,

a) wenn 70 Jahre ſeit der Geburt des Verſchollenen ſchon bei Schluß des Kalenderjahres, in welchem der Verſchollene der letzten Nachricht zufolge noch gelebt hat, bereits verſtrichen *waren*, oder

b) *außerdem* auch dann, wenn der 71. Geburtstag des Verſchollenen wenigſtens noch in den mit Schluß des unter a bezeichneten Kalenderjahres beginnenden 5-jährigen Zeitraum fällt.

c) Man kann aber noch weiter gehen und ſagen: es komme lediglich darauf an, daß zur Zeit, in welcher die Todeserklärung erfolgt, 70 Jahre ſeit der Geburt des Verſchollenen vergangen ſeien, und daß hinter dem Jahre, in welchem die Todeserklärung erfolgen ſoll, *mindeſtens* 5 Jahre der Verſchollenheit zurückliegen. Beiſpiel: Die letzte Nachricht vom Leben eines Verſchollenen reicht in das Jahr 1890 zurück, aber erſt 1896 ſind 70 Jahre ſeit deſſen Geburt verſtrichen. Kann 1897 die Todeserklärung erfolgen? Darauf iſt von dem hier eingenommenen Standpunkt aus bejahend, von dem unter b erwähnten aus dagegen verneinend zu antworten.

d) Man kann endlich die Entſcheidung unter a unter gleichzeitiger Ablehnung der Entſcheidungen unter b und c dahin ergänzen, daß, ſofern 70 Jahre ſeit der Geburt des Verſchollenen erſt während der Verſchollenheit voll werden, die Todeserklärung jedenfalls ſchon nach Ablauf eines, mit dem Schluſſe des Jahres, in welches der 71. Geburtstag des Verſchollenen fällt, beginnenden 5-jährigen Zeitraumes erfolgen könne, was dann praktiſch wäre, wenn die ſich hiernach ergebende Geſammtdauer der Verſchollenheit hinter dem regelmäßigen 10-jährigen Zeitraum zurückbliebe.

Auf welchem dieſer Standpunkte ſteht nun der Entwurf? Gewiß nicht auf dem unter d; denn die hierbei nothwendige Berechnung des 5-jährigen Zeitraums iſt dem § 2 offenſichtlich fremd. Nicht minder gewiß [3]) ſcheint mir zu ſein, daß auch der Standpunkt unter a der Auffaſſung des Entwurfs nicht entſpricht [4]). Darauf weiſen nicht allein die Motive I S. 38 hin, ſondern auch die Faſſung des zweiten Satzes von Abſatz 1 des § 2. Bei Annahme der Auffaſſung unter a hätte geſagt werden müſſen: „Waren bei Schluß des Jahres, in welchem der Verſchollene der letzten Nachricht zufolge noch gelebt hatte, 70 Jahre ſeit der Geburt desſelben verſtrichen u. ſ. w.“ Es kann ſich alſo jetzt nur mehr darum handeln, ob wir uns nach Maßgabe des Entwurfs für die Löſung unter b oder für die unter c zu entſcheiden haben. Für dieſe ſcheinen im erſten Augenblick die Worte des § 2 zu ſprechen: „Sind ſeit der Geburt des Verſchollenen 70 Jahre verſtrichen u. ſ. w.“; denn danach liegt es nahe, zu ſagen, daß dem aufgeſtellten Erforderniſſe immer entſprochen ſei, wenn die fraglichen 70 Jahre nur im Zeitpunkt der Todeserklärung

3) Zweifelnd allerdings Hölder a. a. O. S. 8.

4) Daß dieſer Standpunkt übrigens auch nicht zu billigen wäre, bedarf keiner weiteren Ausführung.

bereits erfüllt seien. Bei genauerer Prüfung stellt sich jedoch heraus, daß die Lösung unter c mit den Bestimmungen des Entwurfs nicht vereinbar ist. Dies ergiebt sich zunächst schon daraus, daß nach der Auffassung unter c der Ablauf des nach § 2 des Entwurfs maßgebenden 5-jährigen, mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, beginnenden Zeitraums zur Vornahme der Todeserklärung unmöglich „genügen" kann, wenn die 70 Jahre seit der Geburt des Verschollenen erst nach Ablauf dieses 5-jährigen Zeitraums voll geworden sind. Dieses Ergebniß wird aber noch bestätigt und gegen jeden Zweifel gesichert durch folgende Bestimmung des § 7 (Abs. 2):

> Als Zeitpunkt des Todes ist, sofern die Ermittelungen nicht ein Anderes ergeben, anzunehmen: in den Fällen des § 2 das Ende des daselbst bezeichneten Zeitraums ...

Danach hat man also in den Fällen, wo mit dem 5-jährigen Zeitraum zu operiren ist (in Ermanglung besonderer Ermittelungen, die hier außer Betracht zu bleiben haben), den letzten Tag der im Sinne des § 2 zu berechnenden 5 Jahre als Todestag des Verschollenen anzunehmen. Und damit ist zugleich der unabweisbare Schluß gegeben, daß das Operiren mit dem 5-jährigen Zeitraume ausgeschlossen ist, wenn 70 Jahre seit der Geburt des Verschollenen zwar noch vor der Todeserklärung, aber erst im 6. oder in einem noch späteren Jahre der Verschollenheit voll geworden sind. Denn sonst würde man zu dem widersinnigen Ergebnisse gelangen, daß der erst nach 5-jähriger Verschollenheit eingetretene Ablauf von 70 Jahren seit der Geburt des Verschollenen geeignet sei, die Vermuthung des schon vor diesem Ablaufe erfolgten Todes des Verschollenen zu begründen.

Es steht also fest, daß nur die Lösung unter b der Auf-

faſſung des Entwurfs entſpricht; und gerade, weil ſich dies ſo verhält, ſcheint mir eine Aenderung des § 2 nothwendig zu ſein, ſei es nun im Sinne der Entſcheidung unter c oder der unter d. Bei beiden Löſungen gelangt man zu durchaus konſequenten Ergebniſſen, während von der des Entwurfs das Gegentheil geſagt werden muß. Beiſpiel: Zwei gleichalterige Menſchen gerathen in Verſchollenheit. Bezüglich des einen reicht die letzte Nachricht von deſſen Leben in das Jahr 1890, bezüglich des anderen in das Jahr 1891, und bei beiden ſind im Laufe des Jahres 1896 70 Jahre ſeit ihrer Geburt verſtrichen. Nach dem Recht des Entwurfs kann 1897 zwar der letztere, nicht aber der erſtere (obſchon er um ein Jahr länger verſchollen iſt) für todt erklärt werden[5]), und iſt der vermuthete Todestag des ſeit 1890 Verſchollenen, wenn es nach 10-jähriger Verſchollenheit zu deſſen Todeserklärung kommt, um 4 Jahre ſpäter anzuſetzen als der vermuthete Todestag des erſt ſeit 1891 verſchollenen gleichalterigen Genoſſen!

Im Uebrigen[6]) iſt das Recht der Todeserklärung bei der

---

5) Die im Texte beſprochene Beſtimmung des § 2 iſt offenbar dem § 39 des ſächſiſchen bürg. G.-B. entnommen; derſelbe lautet: „Als verſchollen gilt derjenige, von deſſen Leben ſeit 5 Jahren keine Nachricht vorhanden iſt, wenn er vor oder während dieſer Zeit das ſiebenzigſte Lebensjahr erfüllt hat". Trotz dieſer Faſſung könnte nach ſächſiſchem Rechte ein ſeit 1890 Verſchollener, deſſen 71. Geburtstag in das Jahr 1896 fällt, nach Eintritt dieſes Tages für todt erklärt werden. Denn aus dem Zuſammenhang aller einſchlägigen Beſtimmungen ergiebt ſich, daß die Vorausſetzungen der Todeserklärung vorhanden ſind, wenn hinter derſelben die Erfüllung des 70. Lebensjahres des Verſchollenen und eine mindeſtens 5-jährige Dauer der Verſchollenheit zurückliegen.

6) Der erſte Abſatz von § 4 iſt nicht glücklich ſtyliſirt. Statt: „Wer bei einer Seefahrt ſeit dem Untergange des Fahrzeugs, auf dem er ſich befunden hat, verſchollen iſt" ꝛc. ſollte m. E. geſagt werden: „Wer ſeit dem Untergange des Fahrzeugs, auf welchem er eine Seefahrt unternommen hat, verſchollen iſt" ꝛc.

zweiten Leſung weſentlich verbeſſert worden. Mit einigen Zweifeln ſtehe ich nur der Entſcheidung gegenüber, welche die Frage der Lebensvermuthung gefunden hat. Der Entwurf begnügt ſich nicht mit der Aufſtellung der Vermuthung, daß der Verſchollene den im Todeserklärungserkenntniſſe zu bezeichnenden und rückſichtlich der Beerbung des Verſchollenen ſelbſtverſtändlich als deſſen Todeszeit in Betracht kommenden Zeitpunkt *nicht* überlebt habe, ſondern er ſtatuirt zugleich die nach allen Richtungen hin durchgreifende poſitive Vermuthung, daß der Verſchollene bis zu dieſem Zeitpunkte *gelebt habe*, und ergänzt dieſe Vermuthung des § 7 im § 9 noch durch die weitere Beſtimmung, daß das Fortleben eines Verſchollenen, bezüglich deſſen eine Todeserklärung noch nicht erfolgt iſt, bis zu dem Zeitpunkte vermuthet werden ſoll, welcher nach § 7 in Ermanglung eines anderen Ergebniſſes der Ermittelung als Zeitpunkt des Todes anzunehmen iſt. Ohne Zweifel wird hierdurch ein klares und verhältnißmäßig leicht zu handhabendes Recht erzielt. Es ergeben ſich aber doch auch Bedenken. Die Gründe, welche die Vermuthung, daß ein Verſchollener einen beſtimmten Zeitpunkt nicht überlebt habe, als vollkommen gerechtfertigt erſcheinen laſſen, rechtfertigen keineswegs zugleich auch die Vermuthung, daß jener bis zu dieſem Zeitpunkte allerdings gelebt habe. Ja noch mehr; in allen Fällen, wo bezüglich des Verſchollenen in Ermanglung anderer Anhaltspunkte anzunehmen iſt, daß er den Schluß der Verſchollenheitsfriſt nicht überlebt habe, ſpricht ein, wenn auch zur willkürlichen Fixirung einer früheren Todeszeit nicht berechtigendes, ſo doch nicht geringes Maß von Wahrſcheinlichkeit dafür, daß der Verſchollene, wenn überhaupt, ſchon vor dem Schluſſe des bezeichneten Zeitraums geſtorben ſei. Die Lebensvermuthung des Entwurfs bringt daher auch nothwendig die Gefahr mit ſich, daß zum Vortheil eines vielleicht ſchon Todten und auf

Koſten Anderer noch Erwerbungen gemacht werden, welche nur dem Lebenden gebühren. Solche Ergebniſſe[7]) verletzen m. E. das allgemeine Rechtsgefühl in weit höherem Maße, als wenn der Verſchollene von Erwerbungen der bezeichneten Art vorläufig ausgeſchloſſen wird, obſchon bezüglich ſeiner eine Todesvermuthung noch nicht begründet iſt. Der einfachen Beſeitigung der Lebensvermuthung möchte ich damit zwar nicht das Wort reden. Denn läßt man dieſelbe fallen, ohne ſie durch Beſtimmungen anderer Art zu erſetzen, ſo ergeben ſich einerſeits unlösbare erbrechtliche Fragen und andererſeits widerſpruchsvolle praktiſche Entſcheidungen, welche, je nachdem der Vertreter des Verſchollenen oder deſſen Gegner die Beweislaſt zu tragen hat, zum Nachtheil oder Vortheil des Verſchollenen ausfallen müſſen. Wie ſoll alſo vorgegangen werden? Die Antwort iſt nicht leicht und bleibt beſſer verſchoben, bis auch das Familien- und Erbrecht, das ſind diejenigen Materien, für welche jene vorzugsweiſe wichtig iſt, in zweiter Leſung vorliegen.

## Juriſtiſche Perſonen (I. Abſchnitt, 2. Titel).

I. Während der Entwurf erſter Leſung bezüglich der Rechtsfähigkeit der Vereine die Landesgeſetzgebung maßgebend ſein ließ, enthält der Entwurf zweiter Leſung den Verſuch einer reichsrechtlichen Normirung dieſer Frage. Vergl. insbeſondere den wichtigen § 23 und die bei der zweiten Leſung ganz neu eingefügten §§ 49 bis 69 über eingetragene Vereine. Daß ſich die Kommiſſion dieſer Aufgabe überhaupt unterzogen hat, kann gewiß nur mit Freude begrüßt werden. Als über-

7) Man denke z. B. an Anſprüche auf Leiſtung lebenslänglicher Renten, Unterſtützungsbeiträge oder etwa an Anfechtungen letztwilliger Verfügungen wegen Pflichttheilsverletzung durch den Pfleger des erſchollenen.

aus fraglich erſcheint mir jedoch, ob das Vereinsrecht in ſolchem Umfange in das bürgerliche Geſetzbuch überhaupt hineingehört.

Eine große Kodifikation muß nach Möglichkeit beſtrebt ſein, dauerndes Recht zu ſetzen. In eine ſolche ſoll daher auch nichts aufgenommen werden, wovon man ſich ſchon von vornherein ſagen muß, daß es nur dilatoriſche Bedeutung hat. Gerade dies aber trifft beim Vereinsrechte in hohem Maße zu. Dasſelbe befindet ſich gegenwärtig im vollen Fluſſe der Entwickelung, und das Vereinsweſen betreffende Beſtimmungen, welche vielleicht heute noch ausreichen, können ſich ſchon nach den Erfahrungen einer ſehr kurzen Zeit als unbefriedigend oder gar unbrauchbar erweiſen. Außerdem handelt es ſich bei der Regelung des Vereinsrechts keineswegs nur um privatrechtliche, ſondern auch um politiſche, verwaltungsrechtliche und verwaltungstechniſche Fragen, welche in einem Privatrechtskodex ihre endgültige Löſung gar nicht finden können. Auf Grund dieſer Erwägungen gelange ich ſomit zu dem doppelten Ergebniſſe, es möge unter Verwerthung der einſchlägigen Beſtimmungen des Entwurfs zweiter Leſung ein Reichsvereinsgeſetz ausgearbeitet, das bürgerliche Geſetzbuch ſelbſt dagegen von ins Detail gehenden Beſtimmungen über Vereine thunlichſt entlaſtet werden. Aus ſolchem Vorgehen ergäbe ſich übrigens zugleich der Vortheil, daß wir auf die ſchon längſt wünſchenswerthe reichsrechtliche Regelung des Vereinsweſens nicht erſt bis zum Zuſtandekommen des bürgerlichen Geſetzbuches zu warten brauchten.

Trotz dieſes prinzipiellen Standpunktes möchte ich aber nicht unterlaſſen, zu konſtatiren, daß die Beſtimmungen des Entwurfs über die Vertretung der Vereine nach außen wenig praktiſch gedacht ſind und die Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Vereinen in ganz unerhörter Weiſe beeinträchtigen. Be-

weis deſſen § 27 Abſ. 1 in Verbindung mit § 31. Zufolge der erſteren Beſtimmung erfolgt die auch[8]) für die Vertretung des Vereines nach außen maßgebende Beſchlußfaſſung eines aus mehreren Mitgliedern beſtehenden Vereinsvorſtandes „nach den für die Beſchlüſſe der Mitgliederverſammlung geltenden Vorſchriften". Demgemäß, d. h. vermöge der hiermit ausgeſprochenen Berufung auf § 31, haben Dritte, welche mit einem, durch einen mehrgliedrigen Vereinsvorſtand vertretenen Verein kontrahiren wollen, ſich regelmäßig

1) darüber zu vergewiſſern, ob die bezügliche Aktion des Vorſtandes auf einem, „in einer Verſammlung" der Vorſtandsmitglieder gefaßten Beſchluſſe beruhe; ferner

2) ob bei „Berufung" dieſer „Verſammlung" der Gegenſtand, um den es ſich für den Dritten handelt, gehörig „bezeichnet" geweſen ſei;

3) ob in der „Verſammlung" die Mehrheit der erſchienenen ſtimmberechtigten Vorſtandsmitglieder ſich für die betreffende Aktion ausgeſprochen habe.

Mangelhafte Information über auch nur einen dieſer, für den Dritten mit voller Sicherheit kaum zu kontrollirenden Umſtände kann für denſelben daher zur Folge haben, daß er in ſeiner Erwartung, mit dem Vorſtande gültig kontrahirt zu haben, enttäuſcht wird. Ja, ſelbſt wenn alle Vorſtandsmitglieder dem Dritten gegenüber in Aktion treten und dem mit dieſem abzuſchließenden Geſchäft zuſtimmen, ſo darf der Dritte noch nicht mit Sicherheit auf Gültigkeit des Geſchäfts rechnen. Denn beruht das Geſchäft nicht auf einem, den Anforderungen von Z. 1 und 2 enſprechenden Beſchluſſe, ſo iſt es nur gültig, wenn ſämmtliche Vorſtandsmitglieder ihre Zuſtimmung zu demſelben ſchriftlich erklärt haben.

8) Der Verſuch einer dieſes Ergebniß vermeidenden Interpretation ſcheint mir ganz vergeblich zu ſein.

Ich glaube nicht, daß es bei einer so beschaffenen Regelung verbleiben kann.

II. Die auf Stiftungen bezüglichen Bestimmungen der §§ 70 bis 76 des Entwurfs legen die Frage nahe, welches Bewandtniß es nunmehr mit den heutzutage überaus oft vorkommenden Widmungen von Vermögen zu vorübergehenden erlaubten Zwecken, insbesondere mit den durch Komitees veranstalteten Sammlungen zu gemeinnützigen Zwecken haben soll. Wir stehen hier vor einer interessanten und noch keineswegs abgeschlossenen Rechtsbildung, welcher die Gesetzgebung zwar nicht voreilig vorgreifen soll, welcher sie aber auch den zur Entwickelung erforderlichen Raum nicht versperren darf. Ich will von den zahlreichen, von mir schon seit längerer Zeit nach der bezeichneten Richtung hin gesammelten Beispielen hier nur eines anführen. Nach Zeitungsnachrichten hat sich unlängst in Coburg ein Komitee zur Errichtung eines Denkmals für Herzog Ernst II. von Coburg-Gotha gebildet, welches zunächst das zu diesem Zwecke erforderliche Geld sammelt. Daß man es hier mit keinem Verein zu thun hat, liegt auf der Hand. Aber auch von einer rechtsfähigen Stiftung im Sinne der §§ 70 ff. des Entwurfs kann nicht die Rede sein. Und mit Sicherheit kann ausgesprochen werden, daß man sich bei Bildung solcher Sammelvermögen dem Recht der Stiftung auch in Zukunft nicht fügen wird. Von dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch ist deshalb zu verlangen, daß es die sachgemäße Beantwortung der sich bei den bezeichneten Erscheinungen ergebenden Fragen nicht unmöglich mache. Im Einzelnen ist noch zu sagen:

1) Offen muß insbesondere die Entscheidung bleiben, daß ein solches Sammelvermögen *nicht* im Eigenthum der Komiteemitglieder steht, sondern als ein vom Vermögen der letzteren geschiedenes und durch Zweckbestimmung gebundenes

Vermögen zu behandeln iſt[9]). Die erſtere Auffaſſung führt — wenigſtens in aller Regel — ſowohl in ſtrafrechtlicher wie in civilrechtlicher Beziehung und in letzterer insbeſondere in den Fällen des Austrittes und Eintrittes von Komiteemitgliedern, im Falle der Eröffnung des Konkurſes über das Vermögen derſelben und im Falle des Todes von ſolchen zu ganz verkehrten Ergebniſſen, welche ſich auch dadurch nicht beſeitigen laſſen, daß man das Eigenthum der Komiteemitglieder als ein ſogenanntes fiduziariſches konſtruirt, und zwar um ſo weniger, als dem Entwurf dieſe Rechtsfigur ganz fremd iſt. Was aber den Weg zur richtigen Löſung betrifft, ſo ſcheint er mir durch die Haltung des Entwurfs verſchloſſen zu ſein.

2) Es muß m. E. an geeigneter Stelle, etwa im Anſchluß an die Beſtimmungen über Stiftungen ausgeſprochen werden, daß dieſe auf zu vorübergehenden erlaubten Zwecken, durch Komitees veranſtaltete Sammlungen keine Anwendung finden. Hierdurch wäre die Möglichkeit der Bildung ſolcher Sammelvermögen ohne ſtaatliche Genehmigung[10]) und ohne Aufnahme des für das Stiftungsgeſchäft unter Lebenden geforderten gerichtlichen oder notariellen Aktes wenigſtens indirekt anerkannt.

3) Ein Sammelvermögen der beſprochenen Art unterſcheidet ſich von der Stiftung im techniſchen Sinne — abgeſehen von manchen anderen Punkten — insbeſondere auch durch den Mangel einer feſten Organiſation. Man wird es deshalb ſelbſt vom Standpunkte der lex ferenda nicht für

9) Vgl. hierzu Dernburg, Pandekten I § 82 N. 8 und daſelbſt Citirte.

10) Damit ſoll übrigens der Verwaltungsbehörde eine gewiſſe Jngerenz bei Bildung ſolcher Sammelvermögen nicht abgeſprochen werden, ſo z. B., wenn es ſich um öffentliche Sammlungen handelt, oder wenn Grund zur Annahme vorliegt, daß die Normen des Stiftungsrechtes umgangen werden wollen.

zuläſſig erachten dürfen, daß das Komitee als ſolches namens des Sammelvermögens ohne weiteres klagend auftreten oder verklagt werden kann. Auch iſt für gerichtliche Vertretung eines derartigen Vermögens in aller Regel kein Bedürfniß vorhanden. Ein ſolches kann aber doch hier und da fühlbar werden; auch iſt die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß alle Komiteemitglieder wegſterben oder ſich von der Verwaltung zurückziehen. Für ſo geartete und ähnliche Fälle muß m. E. dadurch vorgeſorgt werden können, daß für das Sammelvermögen auf Antrag von Betheiligten oder wohl auch der Verwaltungsbehörde ein Pfleger beſtellt wird.

4) Nicht unwichtig iſt auch die Frage, ob neben der Stiftung im Sinne des § 72 des Entwurfs auch die letztwillige Widmung zu erlaubten vorübergehenden Zwecken zuläſſig iſt, ſei es in der Weiſe, daß ein bereits vorhandenes, unter Verwaltung eines Komitees ſtehendes Sammelvermögen durch eine letztwillige Zuwendung vermehrt werden will, ſei es, daß der vorübergehende erlaubte Zweck durch die letztwillige Verfügung erſt neu geſetzt wird und zwar möglicher Weiſe zugleich in Verbindung mit Namhaftmachung derjenigen Perſonen, welche das gewidmete Vermögen dem beſtimmten Zwecke zuführen ſollen. Es geht doch nicht an, daß wir dieſe Frage heute unfreier behandeln, als in verwandten Fällen das römiſche Recht vorgegangen iſt. Ueber die Haltung des letzteren aber giebt uns l. 28 C. de episcopis et clericis 1, 3 hinreichenden Aufſchluß. Es handelt ſich hier um ein Legat, quod redemptioni relinquitur captivorum; eine ſolche Verfügung ſoll keineswegs als legatum incertum behandelt werden, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris piae rei negotio proficere. Hat der Erblaſſer eine beſtimmte Perſon bezeichnet, durch welche der Loskauf der Gefangenen zu bewerkſtelligen iſt, ſo ſoll dieſe die facultas

exigendi haben, anderen Falls soll dieselbe dem Bischof des Gebietes zukommen, aus welchem der Erblasser stammt. Von diesem Standpunkte aus — welcher aber der des Entwurfs nicht ist — müßte zweifellos z. B. folgende letztwillige Verfügung als wirksam betrachtet werden: „Ich widme 10000 M. für die Errichtung eines Bismarck-Denkmals in meiner Vaterstadt; dieselben sollen dem zu diesem Zwecke gebildeten Komitee ausbezahlt werden." Die heutige Rechtsauffassung drängt aber in dieser Richtung zu noch größerer Freiheit der Bewegung, und ich würde es für formalistisch [11]) halten, wenn nicht auch folgende Verfügung als gültig aufrecht erhalten werden könnte: „Mein reiner Nachlaß soll dem Komitee zur Verfügung gestellt werden, welches sich aus Anlaß des Grubenunglücks in X zur Unterstützung der Verunglückten bezw. deren Hinterbliebenen gebildet hat."

## Rechtsgeschäfte (III. Abschnitt).

Obschon ich nicht verkenne, daß die Bestimmungen dieses Abschnittes bei der zweiten Lesung einige wesentliche Verbesserungen [12]) erfahren haben, so vermag ich dieselben doch auch in ihrer jetzigen Gestalt für wirklich befriedigend nicht zu halten. Der Entwurf übt in dieser Materie vor allem viel zu wenig die Kunst des weisen Verschweigens; seine Bestimmungen über Rechtsgeschäfte haben auch jetzt noch einen doktrinären und pedantischen Zug, verschränken ohne zureichenden Grund die freie Erwägung und machen hierdurch nicht ganz selten eine befriedigende Entscheidung geradezu unmög-

11) Vgl. hierzu auch Bernhöft, Reform des Erbrechts, S 39 ff.

12) Eine sehr wichtige Verbesserung ergiebt sich z. B. aus der äußerlich unscheinbaren und doch sehr tief greifenden Modifikation, welche an der Bestimmung des § 127 Abs. 3 erster Lesung durch den jetzigen § 151 vorgenommen wurde; hierdurch ist die unwiderrufliche Ermächtigung zu ihrem Rechte gekommen.

lich. Ich will es verſuchen, dies durch Heraushebung einiger Hauptpunkte [12a]) genauer zu begründen.

I. (Geſchäftsfähigkeit.) Im § 64 erſter Leſung waren neben den im Kindesalter ſtehenden und den entmündigten Perſonen auch diejenigen Perſonen, welche des Vernunftgebrauches, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ſind, für die Dauer dieſes Zuſtandes als geſchäftsunfähig erklärt. Hiermit hing zuſammen die Beſtimmung des § 66 erſter Leſung, welcher zufolge „ein Rechtsgeſchäft, deſſen Wirkſamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird," unwirkſam ſein ſollte, wenn die Vornahme gegenüber einer geſchäftsunfähigen Perſon erfolgte. Hiergegen brachte ich in dieſen Jahrbüchern (Bd. XXVIII, S. 348 ff.) einige Bedenken vor, welche bei der zweiten Leſung nicht unberückſichtigt geblieben ſind. Es ſchien mir durchaus nicht angemeſſen, jede Rechtshandlung gegenüber einem Abweſenden (z. B. die Annahme eines Antrages, eine Kündigung, Anfechtung) ohne weiteres für unwirkſam zu erklären, wenn der Erklärungsempfänger im Zeitpunkte des Eingangs der betreffenden Erklärung auch nur vorübergehend des Vernunftgebrauches beraubt iſt. Obſchon man dieſem Bedenken bei der zweiten Leſung Rechnung tragen wollte, ſo iſt es in Wahrheit doch nicht behoben worden. Die in Betracht kommenden Beſtimmungen des Entwurfs zweiter Leſung lauten alſo:

§ 78. Geſchäftsunfähig iſt:

2) wer ſich in einem Zuſtande krankhafter Störung der Geiſtesthätigkeit befindet, durch den ſeine freie Willensbeſtimmung ausgeſchloſſen wird.

12a) Offenbar inkorrekt gefaßt iſt der Schluß von § 129: „ſo ſind die Parteien unter einander ſo verpflichtet, wie wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären." Vgl. hierzu meine Ausführungen zu den, denſelben Fehler begehenden §§ 298 und 449 im XXXIII. Bande dieſer Jahrbücher S. 367 ff.

§ 79. Die Willenserklärung eines Geſchäftsunfähigen iſt nichtig.

Nichtig iſt auch eine Willenserklärung, die im Zuſtande der Bewußtloſigkeit abgegeben wird.

§ 107 (Abſ. 3). Die Wirkſamkeit (der einem Abweſenden gegenüber abgegebenen Willenserklärung) tritt nicht ein, wenn der andere Theil in der Zeit geſchäftsunfähig iſt, in welcher ihm die Erklärung zugeht; iſt er in der Geſchäftsfähigkeit beſchränkt, ſo gilt das Gleiche, es ſei denn, daß die Erklärung ihm lediglich einen rechtlichen Vortheil bringt oder daß der geſetzliche Vertreter ſeine Einwilligung ertheilt hat.

Die ſich in dieſen Beſtimmungen ausprägenden Gedanken ſind offenbar folgende: Unter allen Umſtänden nichtig ſoll ſein die ſeitens einer zurechnungsunfähigen Perſon abgegebene rechtsgeſchäftliche Erklärung, mag die Zurechnungsunfähigkeit nun beruhen auf gewöhnlicher Bewußtloſigkeit oder auf, die freie Willensbeſtimmung ausſchließender krankhafter Störung der Geiſtesthätigkeit. Was dagegen rechtsgeſchäftliche Erklärungen an zurechnungsunfähige Perſonen betrifft, ſo ſoll folgendermaßen unterſchieden werden:

a) Die Erklärung erfolgt unter Anweſenden; dann iſt ſie unwirkſam.

b) Sie erfolgt unter Abweſenden; dann wird die Wirkſamkeit der einlangenden Willenserklärung zwar nicht beeinträchtigt durch gewöhnliche Bewußtloſigkeit des Erklärungsempfängers (vergl. § 78 mit § 79), wohl aber dadurch, daß ſich der letztere, zur Zeit, in welcher ihm die Erklärung zugeht, in einem die freie Willensbeſtimmung ausſchließenden Zuſtande krankhafter Störung ſeiner Geiſtesthätigkeit befindet (vergl. § 78 Z. 2 mit § 107 Abſ. 3).

Dieſe Behandlung iſt — inſoweit ſie über das Selbſt-

verständliche hinausgeht — keine glückliche; sie schafft zwecklose Schwierigkeiten bei der Entscheidung der einfachsten Fälle und führt zu praktisch ganz unhaltbaren Ergebnissen. Der Entwurf hat die Ausdrücke „Zustand der Bewußtlosigkeit" und „Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit, durch den freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird", offenbar aus dem R.St.G.B. (§ 51) herübergenommen. Während aber nach Maßgabe des letzteren beide Zustände in gleicher Weise zu behandeln sind, will der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs dieselben scharf von einander unterschieden wissen, und dies noch dazu in Fällen, in welchen auf ein Wollen und Erklären des in einem jener Zustände Befindlichen überhaupt nichts ankommt.

Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß es nicht immer ganz leicht sein möchte, im konkreten Falle mit der erforderlichen Sicherheit festzustellen, ob man es auf Seite des Erklärungsempfängers mit einer gewöhnlichen Bewußtlosigkeit im Sinne des § 79 oder mit dem qualifizirten Zustande des § 78 Z. 2 zu thun habe. Auch macht es einen fast komischen Eindruck, wenn die Rechtsordnung die maßgebende Entscheidung der Frage, ob eine an einen Abwesenden gerichtete Willenserklärung wirksam sei, in den von uns ins Auge gefaßten Fällen einfach dem Psychiater überläßt. Dabei bemüht man sich vergeblich, zu ergründen, warum dies so sein soll. Nehmen wir an, eine rechtsgeschäftliche, unter Abwesenden abzugebende Erklärung müßte, um überhaupt noch wirksam sein zu können, vor Ablauf eines bestimmten Tages an eine gewisse Adresse gelangen und sei an diesem Tage auch richtig eingetroffen. Zweifellos wird die Wirksamkeit dieser Erklärung dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Adressat zur Zeit des Einlangens derselben gerade verreist ist oder sich vielleicht in Untersuchungshaft befindet u. dergl., auch dadurch nicht, daß der

Diener des Adreſſaten den die Erklärung enthaltenden Brief in den Papierkorb wirft, ſo daß der Adreſſat ſelbſt von jener gar nichts erfährt, endlich auch dadurch nicht, daß ſich Adreſſat zur entſcheidenden Zeit in einem Zuſtande gewöhnlicher Bewußtloſigkeit befindet. Stürzte Adreſſat jedoch zur Zeit des Eintreffens der an ihn gerichteten Erklärung vom Pferde, erlitt er dadurch eine Gehirnerſchütterung und liegt er in Folge dieſer bewußtlos darnieder, ſo wird man bereits von einer „krankhaften Störung der Geiſtesthätigkeit" im Sinne des § 78 Z. 2 reden müſſen, was wieder nach § 107 die Unwirkſamkeit der betreffenden Erklärung zur unabweisbaren Folge hat. Dieſes Reſultat iſt aber ein ganz verkehrtes. Bei ſogenannten empfangsbedürftigen Willenserklärungen unter Abweſenden muß es immer und überall genügen, wenn die vom Abſender bona fide abgegebene Erklärung rechtzeitig an diejenige Adreſſe gelangt, welche mit Rückſicht auf alle in Betracht kommenden Umſtände als die maßgebende zu betrachten war; in welcher geiſtigen und körperlichen Verfaſſung ſich aber Adreſſat zur Zeit des Eintreffens der Erklärung befand, bleibt gänzlich gleichgültig. Eine Annäherung an dieſen Standpunkt ſcheint zwar durch die Beſtimmung des § 125 des Entwurfs gegeben zu ſein:

> Das Zuſtandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme ſtirbt oder geſchäftsunfähig wird, es ſei denn, daß aus dem Antrag oder den Umſtänden des Falles ein anderer Wille des Antragenden hervorgeht.

Danach möchte man im erſten Augenblick glauben, daß doch zum mindeſten die bei der richtigen Adreſſe rechtzeitig einlangende Annahmeerklärung des Oblaten auf einen unter Abweſenden geſtellten Antrag als wirkſam anzuſehen ſei, ſelbſt wenn Offerent ſich zu dieſer Zeit im Fieberdelirium

befindet, in den letzten Zügen liegt oder vielleicht soeben gestorben ist. Allein so gewiß § 125 die Tendenz hat, den Vertrag unter Abwesenden trotz der in der Zeit zwischen Antrag und Annahme eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Antragenden oder des erfolgten Todes desselben zu Stande kommen zu lassen, so gewiß ändert diese Tendenz des § 125 doch nichts an den im § 107 Abs. 3 für die Wirksamkeit von rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Abwesenden aufgestellten allgemeinen Voraussetzungen. Und ungeachtet der Tendenz des § 125 kommt daher der Vertrag unter Abwesenden unter den oben angenommenen Umständen nicht zu Stande, sofern nicht etwa ein zur wirksamen Entgegennahme der Annahmeerklärung ermächtigter Vertreter des wegen krankhafter Störung seiner geistigen Funktionen „geschäftsunfähigen" Antragstellers bezw. der Erben desselben oder wohl auch der Erbe selbst rechtzeitig zur Stelle wäre. Gerade an dieser Voraussetzung wird es aber in aller Regel fehlen, und die Bestimmung des § 125 erweist sich somit als eine ziemlich illusorische.

Zur Behebung der von mir in den vorstehenden Ausführungen hervorgehobenen Mängel ist m. E. vor allem der 3. Absatz von § 107 zu streichen, ohne daß diese Vorschrift durch eine andere ersetzt zu werden brauchte. Nicht minder zu streichen ist aber auch die Z. 2 von § 78; denn diese Bestimmung ist schon für sich allein aus dem Grunde bedenklich, weil sie durch ihre Anlehnung an § 51 R.St.G.B. den sehr bedenklichen Schluß nahe legt, daß der Zustand „krankhafter Störung der Geistesthätigkeit, durch welchen freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird", civilrechtlich ganz ebenso zu bestimmen sei wie im Strafrecht[13]). Im § 79 Abs. 2 endlich

13) Man denke an die Fälle der sogenannten moral insanity.

wäre etwa zu sagen: „Nichtig ist auch die Willenserklärung einer, wenn auch nur vorübergehend, des Vernunftgebrauches beraubten Person."

II. (Erklärungsformalismus.) Gleich dem Entwurf erster enthält auch noch der zweiter Lesung eine nicht geringe Anzahl von subtilen Bestimmungen darüber, wem gegenüber gewisse rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben sind. Daß sie auf sorgfältigen theoretischen Erwägungen beruhen, kann gern zugestanden werden; trotzdem sind sie in hohem Grade bedenklich und gefährlich. Denn oft schon die einfachsten Fälle des Lebens spotten solcher Regeln, und bei allseitiger praktischer Durchprüfung derselben bewährt sich fast immer das bekannte französische Sprichwort: Toute généralisation est mensonge. Um dies zu zeigen, hebe ich folgende Vorschriften heraus.

1) Nach § 82 Abs. 1, Satz 2 „kann die Genehmigung (des von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrags) sowie deren Verweigerung nur dem anderen Theile gegenüber erklärt werden." Dieselbe Bestimmung enthält § 145 Abs. 1, Satz 2 in Betreff des von einem stellvertretenden negotiorum gestor geschlossenen Vertrags und § 148 rücksichtlich des von einem negotiorum gestor namens des Vertretenen vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfts. M. E. hat sich ein Gesetz auf solche Subtilitäten überhaupt nicht einzulassen. Speziell in den vorliegenden Fällen läßt sich aber auch leicht nachweisen, daß der Entwurf fehlgeht.

Ist z. B. ein von einem Minderjährigen ohne Einwilligung des Vormunds gekaufter Gegenstand späterhin mit Gestattung des von dem Kaufe in Kenntniß gesetzten Vormunds vom Minderjährigen in Gebrauch gesetzt, verbraucht, wieder verkauft worden, so geht es doch unmöglich an, die seitens des Vormunds in der angegebenen Weise ertheilte Ge-

nehmigung[14]) des Ankaufs deshalb als unwirksam zu behandeln, weil dieselbe noch nicht dem anderen Theile gegenüber[15]) erklärt ist. Was ferner den Fall der stellvertretenden negotiorum gestio betrifft, so ist nicht zu begreifen, warum der Dritte, mit welchem der gestor kontrahirt hat, im Gegensatz zu der aus dem Wesen der Sache sich ergebenden Auffassung und im Gegensatz auch zur preußischen Praxis sowohl wie zu der des Reichsgerichts nicht mehr befugt sein soll, wirksame Genehmigung des Geschäftsherrn auch schon darin zu erblicken, daß dieser sich in Kenntniß der Sachlage, ohne jede weitere Erklärung Jemand gegenüber die Vortheile des Geschäfts angeeignet hat[16]). Als Beleg dafür, wie sich solche Dinge im Leben abspielen, mag noch folgendes Beispiel aus eigener Erfahrung angeführt werden. Ein für den A bestimmtes Packet wurde in Abwesenheit des Adressaten von dessen zufällig anwesendem Freund B in der Weise in Empfang genommen, daß B auf das amtliche Formular der Empfangsbestätigung A's Namen schrieb. Als A später eintraf, übernahm er das Packet von B und dankte ihm für den geleisteten Dienst. Hierin wirksame Genehmigung der stellvertretenden negotiorum gestio des B durch den A nicht zu finden, scheint fast unmöglich zu sein. Sollten jedoch die hier herausgehobenen Vorschriften des Entwurfs Gesetzeskraft er-

---

14) Daß solche Genehmigung unter allen Umständen der dem anderen Theile gegenüber erklärten gleichzuhalten sei, soll übrigens hiermit nicht behauptet werden.

15) Darüber, daß eine Erklärung der im Texte erwähnten Art nach dem Recht des Entwurfs nicht als Erklärung gegenüber dem anderen Theil aufgefaßt werden kann, vgl. den, nebenbei bemerkt, nicht glücklich gefaßten § 124.

16) Vergl. hierzu Dernburg, Preuß. Privat-Recht, I (4. Aufl.) S. 246.

halten, so würde man sich an das für unmöglich Gehaltene gewöhnen müssen.

2) Nach § 98 kann, wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder Drohung widerrechtlich bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten. Der Paragraph fährt dann folgendermaßen fort:

> Ist die Täuschung von einem Dritten verübt, so ist eine Erklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte.

Aus dieser Bestimmung ergiebt sich der ebenso unabweisbare als merkwürdige Schluß, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, zu dessen Abschluß die Vertragschließenden durch seitens des begünstigten Dritten verübte Täuschung veranlaßt worden sind, selbst insoweit es sich um die aus dem Vertrage für den Dritten resultirenden Vortheile handelt, weder seitens des Promissars (der, in aller Regel wenigstens, als der Zuwendende zu betrachten ist), noch seitens des Promittenten angefochten werden kann. Warum nicht? Lediglich aus dem formalistischen Grunde, weil die Erklärungen, deren Anfechtung in Frage steht, nicht dem Dritten, welcher die Täuschung verübt hat und welchem der Vertrag zum Vortheil gereicht, gegenüber abzugeben waren und abgegeben worden sind!

Drei Dinge scheinen mir hierbei zweifellos zu sein: Einmal, daß die Redaktoren bei der Formulirung des § 98 an Verträge zu Gunsten Dritter nicht gedacht haben. Zum zweiten, daß diese Verträge trotzdem in einer, selbst durch die freieste Interpretation nicht auszuschließenden Weise durch die Bestimmung des § 98 mitgetroffen sind, und zum dritten, daß dieses Ergebniß ein widersinniges ist [17]).

17) Nach dem Recht des Entwurfs würde in unserem Fall der Dritte dem Zuwendenden allerdings schadensersatzpflichtig sein und auch auf Her-

Theoretiſch ausgeklügelte Beſtimmungen ſind eben unvermeidliche Fehlerquellen und deshalb zu vermeiden.

3) Ein intereſſantes Beiſpiel für die im allgemeinen Theil des Entwurfs ſich manifeſtirende Denkweiſe bietet auch die Betrachtung des Falles, daß ein Bevollmächtigter auf Grund einer, etwa wegen widerrechtlicher Drohung, anfechtbaren Vollmacht namens des Vollmachtgebers ein Geſchäft mit einem Dritten abgeſchloſſen hat. Was muß der Vollmachtgeber thun, um dieſes Geſchäft der Wirkſamkeit zu entkleiden? Er hat die Vollmachtsertheilung anzufechten. Allein wem gegenüber? Darüber giebt uns zunächſt § 114 Aufſchluß:

> Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.
>
> Anfechtungsgegner iſt bei einem Vertrage der andere Theil, bei einem einſeitigen Rechtsgeſchäfte, das einem Anderen gegenüber vorzunehmen war, dieſer, bei einem ſonſtigen einſeitigen Rechtsgeſchäfte Jeder, der auf Grund des Rechtsgeſchäfts unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat.

Die Ertheilung einer Vollmacht iſt nun im Sinne des Entwurfs zweifellos ein, einem Anderen gegenüber vorzunehmendes einſeitiges Rechtsgeſchäft. Wer iſt dieſer Andere? Antwort hierauf finden wir im § 137:

> Die Ertheilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung

ausgabe der Bereicherung haften. Allein das ſich hieraus ergebende Reſultat iſt überall dort, wo der Promittent dem Dritten noch nicht geleiſtet hat, doch ein weſentlich anderes, als wenn Promiſſar den durch Argliſt des Dritten veranlaßten Vertrag anfechten könnte. Denn von letzterem Standpunkte aus vermöchte der anfechtende Promiſſar die Leiſtung des Promittenten an den Dritten durch einſtweilige Verfügung zu inhibiren, und würde die Anfechtung auch wirkſam ſein gegenüber der Konkursmaſſe des Dritten, ſowie in dem Falle, als der Dritte ſeinen Anſpruch gegen den Promittenten an einen Vierten cedirt hätte.

gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, welchem gegenüber die Vertretung ſtattfinden ſoll.

Welcher dieſer beiden Perſonen gegenüber hat alſo der Vollmachtgeber in unſerem Falle anzufechten? Die Entſcheidung wird nach Maßgabe der vorſtehenden Vorſchrift doch wohl nicht anders lauten können, als daß die Anfechtung der Vollmacht derjenigen Perſon gegenüber zu erfolgen hat, welcher gegenüber die Ertheilung der Vollmacht im konkreten Falle wirklich erfolgt war[18]). Und war dieſe Perſon alſo der Bevollmächtigte, ſo muß die Anfechtungserklärung in offener Anfechtungsfriſt ihm gegenüber abgegeben werden. Hieran wird auch dadurch nicht das Geringſte geändert, daß der Bevollmächtigte unbekannten Aufenthalts oder bereits geſtorben iſt. Dann muß eben der Vollmachtgeber für Aufſtellung eines den Bevollmächtigten vertretenden Erklärungsempfängers ſorgen, um ſeine Anfechtungserklärung überhaupt an den Mann bringen zu können. Ob vor Ablauf der Anfechtungsfriſt auch der Dritte von der dem Bevollmächtigten gegenüber abgegebenen Anfechtungserklärung erfahren hat, bleibt ganz gleichgültig. Erfolgreiches Vorgehen gegen denſelben iſt aber trotzdem davon abhängig, daß die Anfechtung dem Bevollmächtigten oder dem für dieſen aufgeſtellten Erklärungsempfänger gegenüber rechtzeitig erklärt wurde. Und wollte der Geſchädigte, ohne dies gethan zu haben, oder ohne die rechtzeitige Vornahme der Anfechtung gegenüber dem Bevollmächtigten beweiſen zu können, ohne weiteres gegen denjenigen,

18) Wollte man dagegen dem Anfechtenden die Wahl laſſen, die Anfechtung nach Belieben entweder gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten vorzunehmen, ſo würde man zu dem verkehrten Reſultate gelangen, daß die Anfechtung gegenüber dem Bevollmächtigten auch dann genüge, wenn die Vollmachtertheilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten erfolgt war.

an welchen er allein einen Anſpruch zu ſtellen hat, d. i. gegen den Dritten, klagend auftreten, ſo müßte er ſeine Unwiſſenſchaftlichkeit nach dem Recht des Entwurfs ſtrenge büßen.

Ein mit dem ſoeben beſprochenen verwandter Fall wäre folgender: A hat, durch ſeitens des B verübte argliſtige Täuſchung veranlaßt, an dieſen eine Eigenthumstradition vorgenommen; in Folge einer von B vorgenommenen weiteren Tradition befindet ſich die Sache jetzt in der Hand des C, dem die Mangelhaftigkeit des Erwerbs ſeines Vormannes nicht unbekannt war. Demgemäß will A gegen C vorgehen. Nach dem Recht des Entwurfs kann er dies mit Erfolg nur unter der Vorausſetzung, daß er die an B vorgenommene Eigenthumsübertragung dieſem gegenüber[19]) oder, falls derſelbe ſchon längſt das Weite geſucht haben ſollte, einem für dieſen aufgeſtellten Erklärungsempfänger gegenüber rechtzeitig angefochten hat. Anfechtung nur dem C gegenüber wäre alſo ein Schlag ins Waſſer.

Solcher Formalismus iſt bisher im Civilrecht noch niemals getrieben worden. Beſteht für uns ein Bedürfniß, ihn reichsgeſetzlich zu ſanktioniren[20])?

4) Auch in den beſonderen Theilen des Entwurfs fehlt es nicht an Vorſchriften der bisher beſprochenen Art. Ich greife § 797 heraus:

> Iſt ein Recht an einem Grundſtücke mit dem Rechte eines Dritten belaſtet, ſo iſt zur Aufhebung des belaſteten Rechtes die Zuſtimmung des Dritten erforderlich. Steht

19) Vgl. § 114: „Anfechtungsgegner iſt bei einem Vertrag der andere Theil." Daran ändert nichts § 113 Abſ. 2.

20) Vgl. dagegen die Vorſchriften des § 33 K.O. und des Anfechtungsgeſetzes v. 21. Juli 1879 bezüglich der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen worden iſt.

das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigenthümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Die Zustimmung kann dem Berechtigten oder dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden; die Erklärung ist unwiderruflich.

Beispiel: Der Eigenthümer eines Grundstücks will eine auf diesem eingetragene, mit einer Afterhypothek belastete Buchhypothek löschen lassen. Die hierzu erforderliche, den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung (vergl. § 796) ist bereits in seiner Hand. Nachträglich läßt sich aber auch der Afterhypothekar zur Zustimmung bewegen und bringt diese in einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden Erklärung, welche er dem Eigenthümer einsendet, zum Ausdruck. Kann der letztere nunmehr auf Grundlage der beiden in seiner Hand befindlichen Urkunden die Löschung der Hypothek durchsetzen? Diese nach anderen Rechten überaus einfache und selbstverständlich zu bejahende Frage ist nach dem Recht des Entwurfs mit Rücksicht auf den Schlußsatz des § 797 eine recht schwierige. Denn danach hätte die Zustimmung des Afterhypothekars dem Berechtigten, d. i. dem Haupthypothekar, oder dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden sollen. Weder das eine noch das andere ist hier geschehen, und im Sinne des § 797 wird daher gesagt werden müssen, daß der Afterhypothekar an seine nur dem Eigenthümer gegenüber abgegebene Zustimmung gar nicht gebunden ist. Fraglich könnte höchstens sein, ob der Anforderung des Schlußsatzes von § 797 nicht wenigstens dann genügt ist, wenn der Eigenthümer die in seiner Hand befindliche Zustimmungserklärung des Afterhypothekars beim

Grundbuchamte eingereicht hat; denn dann ſcheint geſagt werden zu können, daß die fragliche Erklärung, weil jetzt dem Grundbuchamte gegenüber erfolgt, allerdings wirkſam ſei. Allein das Grundbuchamt wird mit Rückſicht auf § 797 doch wieder pflichtgemäß zu prüfen haben, ob der Eigenthümer zur Einreichung der ſchriftlichen Zuſtimmung des Afterhypothekars auch ermächtigt war, und wird eine ſolche Ermächtigung auf Grund des Umſtandes allein, daß ſich dieſe Urkunde in der Hand des Eigenthümers befand, nicht ſchon als vorhanden annehmen dürfen. Selbſt wenn aber die fragliche Ermächtigung des Eigenthümers in der Urkunde ſogar ausdrücklich ausgeſprochen iſt, ſo bleibt es nach § 797 doch dabei, daß ſie vom Afterhypothekar, ſolange deſſen Zuſtimmung an das Grundbuchamt noch nicht gelangt iſt, jederzeit widerrufen werden kann, während der Afterhypothekar, dafern er ſeine Erklärung dem Haupthypothekar gegenüber abgegeben, und der Eigenthümer erſt aus deſſen Hand den Beſitz der Urkunde erlangt hätte, ſofort unwiderruflich gebunden geweſen wäre. Ein praktiſcher Grund für ſo komplizirte Behandlung iſt unerfindlich.

Aber auch ſonſt giebt der, der doktrinären Haltung des allgemeinen Theils durchaus homogene Schlußſatz des § 797 ſchwer lösbare Räthſel auf: Wenn die Zuſtimmung des „Dritten", d. i., um bei unſerem Falle zu bleiben, des Afterhypothekars, dem „Berechtigten", d. i. dem Haupthypothekar, oder dem Grundbuchamt gegenüber erklärt iſt, ſoll ſie „unwiderruflich" ſein. Sofort muß man fragen: Iſt die dem Berechtigten (Haupthypothekar) gegenüber abgegebene Zuſtimmungserklärung in demſelben Sinne unwiderruflich, wie die dem Grundbuchamte gegenüber abgegebene? Im letzteren Falle tritt ſicherlich Unwiderruflichkeit allen Betheiligten gegenüber ein. Verhält es ſich ebenſo, wenn die Zuſtimmung nur

dem Berechtigten (Haupthypothekar) gegenüber erklärt iſt, und iſt alſo der Erklärende auch in dieſem Falle nicht nur dem anerklärten Haupthypothekar, ſondern auch dem nicht anerklärten Eigenthümer gegenüber unwiderruflich gebunden?

Intereſſant wird dabei insbeſondere der Fall, wenn der Afterhypothekar zu ſeiner dem Haupthypothekar gegenüber erklärten Zuſtimmung durch ſeitens des Eigenthümers verübte argliſtige Täuſchung veranlaßt worden war. Nehmen wir dazu noch an, daß der Haupthypothekar, nachdem ihm dieſer Sachverhalt klar geworden, geneigt iſt, dem Afterhypothekar die von dieſem abgegebene ſchriftliche Erklärung wieder zur Verfügung zu ſtellen. Vom Standpunkte des Entwurfs aus hat man hier nur die Wahl zwiſchen folgenden beiden Löſungen: Entweder nimmt man an, die Erklärung des Afterhypothekars an den Haupthypothekar ſei unwiderruflich gegenüber allen Betheiligten. Dann ſteht es gar nicht mehr in der Macht des Haupthypothekars, die auch dem Eigenthümer gegenüber eingetretene Gebundenheit des Afterhypothekars aufzuheben. Selbſt der vom Eigenthümer geſpielte Betrug vermöchte daran nichts zu ändern. Denn an eine etwa hierauf ſich ſtützende Anfechtung der Zuſtimmungserklärung kann nach dem Recht des Entwurfs deshalb nicht gedacht werden, weil die argliſtige Täuſchung in unſerem Falle von einem Intereſſenten verübt worden iſt, dem gegenüber die Zuſtimmung gar nicht zu erklären war, während der Erklärungsempfänger zur Zeit der an ihn erfolgten Erklärung in bona fide war (vergl. § 797 mit § 98). Oder man nimmt an, daß durch die Erklärung ſeitens des Afterhypothekars an den Haupthypothekar unwiderrufliche Gebundenheit nur dieſem, nicht aber auch dem Eigenthümer gegenüber eintritt, dann kann allerdings der Haupthypothekar den Afterhypothekar von ſeiner Gebundenheit wieder frei geben. Aber

dann ist zugleich auch klar, daß der Schlußsatz von § 797 sich ganz fehlerhaft ausdrückt, wenn er den Fall, wo die Erklärung des Afterhypothekars gegenüber dem „Berechtigten" (d. i. dem Haupthypothekar) erfolgt, mit dem grundverschiedenen Falle, wo diese Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte abgegeben ist, parallelisirt. Und selbst bei dieser Auffassung gewinnt man nur das Resultat, daß der Haupthypothekar den Afterhypothekar frei geben *kann*; will er dies nicht und händigt er die Zustimmungserklärung des Afterhypothekars dem Eigenthümer aus, so ist diese mit Rücksicht auf § 98 abermals unanfechtbar: denn dem Haupthypothekar gegenüber ist Anfechtung ausgeschlossen, weil er vom Betrug des Eigenthümers nichts wußte (und, wie wir annehmen, auch nichts wissen konnte), und dem letzteren gegenüber, weil die Zustimmung an seine Adresse gar nicht zu erklären war[21]).

Beseitigung der in diesem Absatze (II) hervorgehobenen Mängel läßt sich m. E. sehr leicht durch Vereinfachungen und Streichungen erzielen.

III. (Rücktritt von einem negotium claudicans.) Von einem solchen Rücktritt ist im Entwurf zunächst die Rede im Falle des von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrages. Hierüber bestimmt § 83:

> Solange der gesetzliche Vertreter den Vertrag nicht genehmigt hat, kann der andere Theil zurücktreten, es sei denn, daß er die Minderjährigkeit oder den Mangel der von dem Minderjährigen behaupteten Einwilligung des

21) Daß unser Eigenthümer infolge des von ihm gespielten Betruges schadenersatzpflichtig wird, versteht sich freilich auch hier von selbst. Nichtsdestoweniger wird es für den betrogenen Afterhypotheker bei verschiedenen Konstellationen doch sehr fühlbar, daß ihm jedes Anfechtungsrecht fehlt.

Vertreters bei dem Abſchluſſe des Vertrages gekannt hat. Der Rücktritt kann auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden.

Eine analoge Vorſchrift enthält aber auch § 145 Abſ. 2 hinſichtlich des von Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen geſchloſſenen Vertrages:

Solange der Vertrag (von dem Vertretenen) nicht genehmigt iſt, kann der andere Theil zurücktreten, es ſei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abſchluſſe des Vertrags gekannt hat. Der Rücktritt kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.

Es iſt ohne Zweifel ganz billig, wenn der dem auf eigene Fauſt kontrahirenden Minderjährigen bezw. dem falsus procurator gegenüberſtehenden Vertragspartei unter Umſtänden ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Allein der Entwurf geht hierin viel zu weit und geſteht das Rücktrittsrecht auch in Fällen zu, wo es der Billigkeit durchaus nicht entſpricht, ſondern lediglich den eigennützigen Zwecken der rücktrittsberechtigten Partei dient. Man denke z. B. nur daran, daß dieſe den Umſtand, welcher der Vollwirkſamkeit des Vertrags entgegenſtand, beim Vertragsabſchluß zwar „nicht gekannt“ hat, auf die Möglichkeit des Vorhandenſeins desſelben aber doch von vornherein gefaßt war; oder daß dieſe Partei, nachdem ſie von dem betreffenden Umſtande Kenntniß erlangt hat, keineswegs ſofort zurücktritt, ſondern denſelben vorläufig als gleichgültig behandelt, oder wohl auch beim Vormund, bezw. beim Vertretenen um Genehmigung anſucht und an den Rücktritt erſt denkt, ſobald die Konſtellation für ſie ungünſtig wird. Mit einigem Nachdruck möchte ich insbeſondere die Möglichkeit hervorheben, daß der Minderjährige (Vertreter ohne Vollmacht) bereits erfüllt, der andere Theil dagegen noch nicht erfüllt hat und der letztere es vielleicht nur deshalb

für gut findet, zurückzutreten, weil die ihm gemachte Leistung durch Zufall untergegangen ist.

Mein einfaches Ergebniß ist: Das Rücktrittsrecht der §§ 83 und 145 muß auch ausgeschlossen sein, wenn dessen Ausübung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

IV. (Geschäftsirrthum.) Zu den in den letzten Decennien theoretisch meistbehandelten Lehren gehört sicherlich die vom Geschäftsirrthum. Trotzdem ist weder der Entwurf erster noch der zweiter Lesung zu einer angemessenen Behandlung dieser Materie gelangt. Unsere Theorie ist dabei vielleicht von einer gewissen Mitverantwortlichkeit nicht freizusprechen; denn vollkommen abgeklärte Resultate hat auch sie nicht zu gewinnen vermocht. Die legislative Entscheidung der einschlägigen Fragen war deshalb eine sehr schwierige, und konnte überhaupt nur gelingen bei äußerster Vorsicht und Zurückhaltung, welche der freien Ausgestaltung im Einzelnen keine drückenden Fesseln auferlegte. Leider hat auch der Entwurf zweiter Lesung diesen Weg nicht eingeschlagen.

Der von ihm eingenommene Standpunkt ist kurz folgender: Beachtlich ist in aller Regel, von welcher bei unentgeltlichen Geschäften unter Lebenden eine Ausnahme nicht[22]) gemacht wird, nur der wesentliche Irrthum des Erklärenden. Gleiche Behandlung findet im Allgemeinen auch der Fall der einen wesentlichen Punkt betreffenden unrichtigen Uebermittlung einer Willenserklärung. In beiden Fällen ist die in die Erscheinung getretene Erklärung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Die seitens des Erklärenden erforderliche Anfechtung muß unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern er-

22) Auch das halte ich für einen Mangel, wie denn überhaupt der unentgeltliche Erwerber m. E. nach verschiedenen Richtungen hin im Entwurf zu günstig behandelt wird. Ich werde hierauf bei anderer Gelegenheit zurückkommen.

folgen, widrigenfalls die Erklärung zu Recht beſteht; und im Falle der Anfechtung hat der Erklärende derjenigen Partei, welche Grund hatte, ſich auf die Erklärung zu verlaſſen, das negative Intereſſe, zu vergüten, jedoch niemals über den Betrag des poſitiven Intereſſes hinaus. Solche Verpflichtung entfällt ſchon nach Maßgabe des Geſagten, wenn der andere Theil „den Grund der Anfechtbarkeit kannte" oder kennen mußte, und desgleichen, wenn „die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat".

Dieſe Normirung, mit deren prinzipieller Grundlage ich mich übrigens einverſtanden erklären kann, laborirt, ganz abgeſehen von einigen kleineren[23]), ſchon von Anderen konſtatirten Mängeln, an drei Hauptfehlern.

1) Es giebt zunächſt eine nicht geringe Zahl hierher gehöriger Fälle, bei welchen man mit der Theorie vom negativen Vertragsintereſſe das Auslangen nicht finden kann. Der Entwurf ſelbſt erkennt dies indirekt an; vergl. z. B. §§ 134 Abſ. 2, 552 Abſ. 1, 570 Abſ. 1, 588 Abſ. 1, 629 Satz 2. Ich greife hiervon den auf den Werkvertrag bezüglichen § 570 Abſ. 1 beſonders heraus:

> Eine Vergütung *gilt* als ſtillſchweigend vereinbart, wenn die Herſtellung des Werkes den Umſtänden nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

Es iſt m. E. kaum zu bezweifeln, daß dieſe Beſtimmung auch dann Anwendung zu finden hat, wenn der Beſteller des Werkes irrthümlich der Meinung war, daß die Herſtellung desſelben vom Unternehmer unentgeltlich übernommen war, und es iſt geradezu ſicher, daß der Unternehmer die ſeiner

23) Hierzu rechne ich z. B. das Hereinziehen des ganz unklaren Begriffes der höheren Gewalt in dieſe Materie. Vgl. auch *Unger*, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 33 N. 10.

Leiſtung angemeſſene Vergütung trotz eines ſolchen Irrthums des Beſtellers jedenfalls dann beanſpruchen kann, wenn er das Werk bereits hergeſtellt hat. Hiergegen iſt auch nicht das Geringſte einzuwenden; naheliegend iſt jedoch die Frage, warum nur in dieſen und nicht auch in manchen anderen Fällen über die Theorie vom negativen Vertragsintereſſe hinausgegangen werden ſoll.

Als völlig unzureichend erweiſt ſich z. B. die letztere bei auf weſentlichem Irrthum beruhenden dinglichen Rechtsgeſchäften. Jemand verpfändet z. B. unter den in § 94 vorausgeſetzten Umſtänden einen ihm gehörigen Gegenſtand. Läßt man hier die Anfechtung des Verpfänders ohne weiteres zu und beſchränkt man ſomit den Gläubiger, von dem wir annehmen wollen, daß er überhaupt nur mit Rückſicht auf die ihm gewährte Pfandſicherheit kreditirt hat, lediglich auf die Liquidirung ſeines negativen Vertragsintereſſes, ſo iſt eine wirklich befriedigende Löſung nicht zu erzielen. Denn die ſeitens des Pfandbeſtellers erfolgende Anfechtung bewirkt, daß die Verpfändung als von vornherein nichtig anzuſehen iſt, und was den Anſpruch auf das negative Vertragsintereſſe anbelangt, ſo iſt er in einem ſolchen Falle überaus ſchwer liquidirbar und bei Zahlungsunfähigkeit des Verpfänders überdies noch ganz illuſoriſch. Ganz dasſelbe gilt aber auch bei einer auf Irrthum beruhenden und unter ähnlichen Umſtänden erfolgenden Rangabtretung, Genehmigung einer Eigenthumsübertragung u. dergl. Ja ſelbſt bei rein obligatoriſchen Geſchäften kann unter Umſtänden trotz des der einen Partei unterlaufenen Irrthums oder der unrichtigen Uebermittelnng ihrer Erklärung die einzig richtige Remedur nur darin gefunden werden, daß die erklärende Partei nach Maßgabe deſſen haftbar gemacht wird, was die andere Partei als Erklärungsinhalt anzunehmen berechtigt war. Mir ſelbſt iſt unlängſt

Folgendes begegnet: Ich entschloß mich eines Tages rasch zu einer Bergbesteigung und schickte einen Boten in mein Stammquartier mit der Weisung, daß mir zu bestimmter Zeit ein Wagen nach X entgegengeschickt werden solle. Mein Bote hatte jedoch den erhaltenen Auftrag ungeschickt und entstellt ausgerichtet, so daß der Wagen statt in X in Y eintraf, wohin man von dem betreffenden Berge gleichfalls absteigen kann. Wäre es bei solcher Sachlage gerecht und billig gewesen, wenn ich dem Fuhrmann die regelmäßige Gebühr versagt und ihn angewiesen hätte, sein negatives Vertragsinteresse zu liquidiren, das möglicher Weise gleich Null sein konnte?

Auf Grund dieser Erwägungen gelange ich zu dem Resultate, daß der freien Beurtheilung der einzelnen Fälle größerer Spielraum zu gönnen und dem Richter insbesondere auch die Möglichkeit zu geben ist, eine auf wesentlichem Irrthum beruhende oder unrichtig übermittelte Willenserklärung als wirksam aufrecht zu erhalten.

2) Nach § 96 in Verbindung mit § 97 hört eine unter die §§ 94, 95 fallende Erklärung bei unterbleibender unverzüglicher Anfechtung selbst dann auf anfechtbar zu sein, wenn der andere Theil den wesentlichen Irrthum, die unrichtige Uebermittelung kannte oder kennen mußte. Es kann nun offenbar leicht geschehen, daß die unverzügliche Anfechtung gerade deshab unterbleibt, weil der Erklärende als selbstverständlich annimmt, die andere Partei werde seinen offenbaren Irrthum, die offenbare Entstellung der Erklärung ohnedies bemerkt haben. Nach dem Entwurfe[24]) hat jedoch die an-

24) Dies ergiebt sich zur Evidenz aus dem 2. Absatze von § 97: „Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der .. Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte." Auch in diesen Fällen ist also die abgegebene Erklärung nur anfechtbar im Sinne des § 96.

erklärte Partei bei solcher Sachlage das Recht, den Erklärenden bei seiner Erklärung festzuhalten und ihm im Falle der Berufung auf den Irrthum, die Entstellung hohnlachend zu entgegnen, daß die Anfechtung unverzüglich hätte erfolgen müssen. In solcher Behandlung des Irrthumsproblems der Weisheit letzten Schluß zu erblicken, dürfte nur Wenigen gegeben sein.

3) Die Bestimmungen der §§ 94 ff. des Entwurfs sollen — soweit nicht besondere Vorschriften gegeben sind — für Rechtsgeschäfte aller Art gelten, also insbesondere auch für solutorische. Beispiel: Die von A gekauften Waaren werden in Folge eines Versehens des vom Verkäufer (V) verwendeten Austrägers beim B abgeliefert, der sie — so wollen wir annehmen — als ihm gebührende in Empfang nimmt. Versäumt es nun V schuldbarer Weise, die als von ihm dem B gegenüber erfolgt anzusehende Erklärung unverzüglich anzufechten, so ist er in Folge dessen auch hier von der Anfechtung überhaupt präkludirt. Welchen Schluß haben wir im Sinne des Entwurfs hieraus zu ziehen? Doch wohl den, daß V jetzt nicht mehr in der Lage ist, gegen B die Eigenthumsklage anzustrengen, da letzterer in unanfechtbarer Weise Eigenthum erworben hat. Lukrirt also B die Waaren? So weit wird man doch nicht gehen dürfen, sondern dem V die Bereicherungsklage gegen B noch offen lassen müssen. Auch dieses Resultat ist recht sonderbar, und vergeblich fragt man sich, welchem praktischen Zwecke damit gedient sein soll, daß B Eigenthümer von Sachen wird, die ihm nicht gebühren und V ihm auch nicht geben wollte, und daß letzterer somit strafweise vom Vindikanten zum Kondicenten degradirt wird?

## Verjährung (V. Abſchnitt).

Gegen das Verjährungsrecht des Entwurfs[25]) hege ich drei Hauptbedenken[26]):

I. Der Entwurf zeigt in einer ganzen Reihe von Fällen die Tendenz, die Verjährung ungebührlich hinauszuſchieben.

1) Dies tritt zunächſt in denjenigen Fällen hervor, wo ein der Verjährung unterliegender Anſpruch erſt durch eine vorausgegangene Anfechtung begründet wird. Als Beiſpiele hierfür hebe ich hervor die Anfechtungsfälle der §§ 94, 95 (in Verbindung mit § 96), ferner des § 98 (in Verbindung mit § 99) Nach § 96 muß die Anfechtung einer, auf weſentlichem Irrthum des Erklärenden beruhenden oder einer, in einem weſentlichen Punkte unrichtig übermittelten Erklärung unverzüglich (ohne ſchuldhaftes Zögern) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat. Wann jedoch letzteres der Fall geweſen, iſt nach dem Entwurfe ohne jeden Belang. Die „unverzügliche" Anfechtung im Sinne des § 96 iſt alſo auch noch zuläſſig, wenn der Anfechtungsberechtigte erſt nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungszeit zur Kenntniß des Anfechtungsgrundes gelangt iſt. Ergeben ſich aber nun daraus, daß angefochten worden iſt, Anſprüche des Anfechtenden gegen den Anfechtungsgegner,

---

25) Die folgenden Ausführungen beſchäftigen ſich zwar nur mit Fragen des Verjährungsrechts, jedoch ohne Rückſicht darauf, ob die bezüglichen Beſtimmungen des Entwurfs im allgemeinen Theile oder in den beſonderen Theilen ſtehen.

26) Als nicht unbedenklich erſcheint mir auch hier das Operiren mit dem Begriff der höheren Gewalt in § 169 Abſ. 2, ferner die Beſtimmung des 2. Satzes von Abſ. 2 des § 187, betreffend das vertragsmäßige Anerkenntniß oder Erfüllungsverſprechen, ſowie die Sicherheitsleiſtung hinſichtlich einer verjährten Forderung, welche der Anerkennende, Verſprechende, Sicherſtellende irrthümlich als vollkommen zu Recht beſtehend anſieht.

ſo beginnen dieſe Anſprüche nach § 165 erſt mit dem Zeitpunkte der Entſtehung derſelben, d. h. mit dem Zeitpunkte der erfolgten Anfechtung zu verjähren, und das Ergebniß iſt ſomit, daß die hierher gehörigen Anſprüche möglicher Weiſe noch nach 60 Jahren, nachdem die in Betracht kommende Willenserklärung abgegeben worden iſt, mit Erfolg erhoben werden können.

Zu ähnlichen Reſultaten führt die Anwendung der §§ 98, 99. Danach kann der Urheber einer Willenserklärung, zu welcher er durch von dem anderen Theile verübte argliſtige Täuſchung oder durch, ſei es von dem anderen Theile oder von einem Dritten verübte widerrechtliche Drohung beſtimmt worden iſt, dieſelbe innerhalb eines Jahres, nachdem er die Täuſchung erkannt hat, bezw. nachdem die Zwangslage aufgehört hat, anfechten. Obſchon dieſe Anfechtung im Gegenſatz zu den Fällen der §§ 94, 95 (vergl. auch § 96) hier ausgeſchloſſen iſt, wenn ſeit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre abgelaufen ſind, ſo gilt hinſichtlich der Verjährung der aus der Anfechtung ſich ergebenden Anſprüche wieder völlig dasſelbe, wie in den früher beſprochenen Fällen, d. h. die Verjährung beginnt erſt mit dem Zeitpunkte der Anfechtung zu laufen. Und war alſo die Anfechtung erſt im 30. Jahre ſeit Abgabe der Willenserklärung erfolgt, ſo läuft dem Anfechtungsberechtigten zur Geltendmachung ſeiner in Folge der Anfechtung entſtandenen Anſprüche noch immer die volle Verjährungszeit. Auf ſolche Weiſe wird das direkte Gegentheil von dem erreicht, was durch die Feſtſetzung kurzer Anfechtungsfriſten angeſtrebt worden iſt. Denn zufolge der Behandlung des Entwurfs dauert trotz der kurzen Anfechtungsfriſten die Rechtsunſicherheit länger, als wenn für die Anfechtung eine kurze Präkluſivfriſt nicht geſetzt und lediglich beſtimmt worden wäre, daß die Verjährung der aus der

Anfechtung für den Anfechtenden ſich ergebenden Anſprüche ſchon mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Anfechtung rechtlich möglich war.

2) Seltſamer noch als die unter Z. 1 beſprochenen Beſtimmungen iſt die gleichfalls in dieſen Zuſammenhang gehörende des § 775:

> Der Anſpruch auf Erſatz des durch eine unerlaubte Handlung entſtandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Perſon des Erſatzpflichtigen Kenntniß erlangt hat, ohne Rückſicht auf dieſe Kenntniß in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.
>
> Hat der Erſatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Koſten des Verletzten etwas erlangt, ſo iſt er auch nach der Vollendung der Verjährung[27]) zur Rückerſtattung nach den für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltenden Vorſchriften verpflichtet.

Hieraus ergiebt ſich Folgendes: Der Erſatzanſpruch des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten gegen den Erſatzpflichtigen verjährt möglicher Weiſe erſt in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an. Selbſt nach Vollendung dieſer Verjährung ſteht aber dem Verletzten, ſofern der Erſatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Koſten des Verletzten etwas erhalten hat, noch immer die Bereicherungsklage zu. Der Entwurf ſcheint alſo annehmen zu wollen, daß der Bereicherungsanſpruch des Verletzten gegen den Erſatzpflichtigen erſt mit dem Augenblicke begründet wird, in

---

27) Unwillkürlich fragt man ſich hierbei: der Verjährung — wovon? Gemeint kann aber doch nur ſein die Verjährung des in Abſ. 1 erwähnten Anſpruchs.

welchem der Ersatzanspruch verjährt ist, so daß in Folge dessen noch durch weitere 30 Jahre auf Herausgabe der Bereicherung geklagt werden kann. Praktisch kommt dies also darauf hinaus, daß der Anspruch des Verletzten gegen den Verletzer (bezw. dessen Erben) auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung möglicher Weise erst in 60 Jahren von Begehung der unerlaubten Handlung an verjährt. Man braucht sich dessen nur bewußt zu werden, um zu erkennen, daß das eine Ungeheuerlichkeit ist. Aus der Entscheidung des § 775 ergeben sich aber noch weitere tief einschneidende Konsequenzen, auf welche in Kürze aufmerksam zu machen ist.

Nach dem Recht des Entwurfs kann es leicht geschehen, daß an Stelle einer Eigenthumsklage eine Bereicherungsklage tritt, so z. B. nach § 850:

> Wer in Folge der Vorschriften der §§ 846 bis 849 durch eine Veräußerung (einer beweglichen Sache seitens eines Nichteigenthümers an einen redlichen Uebernehmer) einen Rechtsverlust erleidet, kann von dem Veräußerer die Herausgabe desjenigen, was dieser durch die Veräußerung erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der gleiche Anspruch steht ihm gegen den Erwerber zu, wenn die Veräußerung unentgeltlich erfolgt ist.

Denken wir uns hierzu folgenden Fall: Jemand (B) befindet sich durch 29 Jahre im Besitze einer beweglichen Sache und veräußert sie im 30. Jahre, sei es gegen Entgelt oder wohl auch ohne Entgelt, an einen Anderen (C), der nach Maßgabe der §§ 846 bis 849 Eigenthum erwirbt. Hierdurch erwächst ür den bisherigen Eigenthümer (A) an Stelle der entfallenden Eigenthumsklage eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung, und zwar, wenn die Veräußerung gegen Entgelt erfolgt war, gegen den Veräußerer (B), und wenn sie unent-

geſtlich ſtattgefunden hatte, gegen den Erwerber (C). Uns intereſſirt hieran an dieſer Stelle nur die Frage, wie lange dieſe Klage dem A zuſteht? Mit Rückſicht auf § 775 giebt es hierauf nur die Antwort: Durch die volle, mit dem Zeitpunkt, in welchem der Bereicherungsanſpruch als ſolcher entſtanden iſt, beginnende 30-jährige Verjährungszeit. Dieſes Reſultat iſt aber ein verkehrtes: denn wenn dem Nachmann (C) des Veräußerers (B) die beſondere Gunſt des Geſetzes, zufolge welcher Eigenthum auch durch „Uebertragung" des Nichteigenthümers erworben wird, nicht zu Theil geworden wäre, ſo würde mit Ablauf von 30 Jahren ſeit dem Beſitze des B der Eigenthumsanſpruch des A bereits verjährt geweſen ſein. Iſt es aber hiermit vereinbar, daß der an Stelle des Eigenthumsanſpruchs getretene Bereicherungsanſpruch des A zu einer Zeit noch mit Erfolg erhoben werden kann, in welcher jener Anſpruch, wenn durch die Veräußerung der Sache unberührt geblieben, doch ſchon durch Verjährung erloſchen wäre?

3) Mit dem unter Z. 2 beſprochenen Sachverhalt hängen auch gewiſſe Möglichkeiten zuſammen, welche ſich nach dem Recht des Entwurfs bei der Erſitzung beweglicher Sachen ergeben können. Nach § 851 erwirbt der gutgläubige Eigenbeſitzer einer fremden beweglichen Sache mit Ablauf von 10 Jahren das Eigenthum. Eines Rechtsgrundes bedarf es hierzu nicht. Auch der gutgläubige Erbe eines Kommodatars, Depoſitars, Mandatars u. dergl. erſitzt alſo die in ſeine Hand gelangten Sachen des Kommodanten, Deponenten, Mandanten ſchon in 10 Jahren. Allein in Folge dieſer Erſitzung kann die Haftung des Erben aus dem vom Erblaſſer eingegangenen Kommodat, Depoſitum, Mandat doch nicht vollſtändig erlöſchen. Es wird deshalb zu ſagen ſein, daß unſer Erbe vom Zeitpunkte der vollendeten Erſitzung an zum mindeſten noch auf Herausgabe der Bereicherung haftet. Und

mit Rückſicht darauf wieder, daß der Bereicherungsanſpruch in ſolchen Fällen der, erſt von dem Zeitpunkte an, in welchem er als ſolcher entſtanden iſt, laufenden 30-jährigen Verjährung unterliegt, dauert ſo die Haftung des Erben trotz der ihm zu Gute kommenden Erſitzung viel länger, als ſie gedauert haben würde, wenn er nicht erſeſſen hätte. Beiſpiel: Nachdem die Verjährung des für den Berechtigten aus dem obwaltenden beſonderen Rechtsverhältniß begründeten Anſpruchs auf Herausgabe der Sache bereits neunzehn Jahre zu Gunſten des Erblaſſers gelaufen iſt, gelangt die Sache an den Erben. Würde die begonnene Verjährung zu Gunſten des letzteren fortlaufen, ſo wäre dieſer in weiteren 11 Jahren jeder Haftung entledigt. Läßt man den Erben dagegen in 10 Jahren erſitzen, ſo erlangt er zwar mit Ablauf dieſer Zeit das Eigenthum, haftet aber noch durch weitere dreißig Jahre auf Herausgabe der durch die Erſitzung gewonnenen Bereicherung. Auch dieſe Ergebniſſe decken einen Mangel des Erſitzungs- und Verjährungsrechts des Entwurfs auf. Wie iſt demſelben abzuhelfen? M. E. durch die einfache Beſtimmung, daß ſich die Erſitzung einer beweglichen Sache ſo lange nicht vollenden kann, als der gegen den Beſitzer aus einem beſonderen Rechtsverhältniſſe begründete Anſpruch auf Herausgabe nicht verjährt iſt.

II. Nach dem Recht des Entwurfs unterliegen gewiſſe Anſprüche der Verjährung, welche der Natur der Sache nach unverjährbar ſein müſſen. Zu dieſer Bemerkung veranlaſſen mich die §§ 745 und 776:

> § 745. Iſt Jemand ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingegangen, ſo kann er die Erfüllung auch nach der Verjährung des Anſpruchs auf Befreiung von der Verbindlichkeit verweigern.
>
> § 776. Hat Jemand durch eine von ihm begangene

unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt, ſo kann der Verletzte die Erfüllung auch nach der Verjährung ſeines Anſpruchs auf Aufhebung der Forderung verweigern.

Die Tendenz dieſer Beſtimmungen iſt vollſtändig zu billigen, und gern erkenne ich an, daß dieſelben gegenüber den korreſpondirenden Entſcheidungen des Entwurfs erſter Leſung einen Fortſchritt bedeuten. Nach den letzteren wäre in den uns hier beſchäftigenden Fällen nach Ablauf der Verjährungszeit nicht nur der „Anſpruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit", ſondern auch die einredeweiſe Vertheidigung gegen die Klage auf Erfüllung ausgeſchloſſen geweſen. Allein, indem der Entwurf zweiter Leſung nur theilweiſe Abhilfe ſchuf, iſt er inkonſequent geworden. Denn wenn der nur formell Verpflichtete in den Fällen der §§ 745 und 776 die Erfüllung der an ihn geſtellten Forderung dauernd verweigern kann, ſo ſteht es damit in Widerſpruch, daß ſein „Anſpruch auf Aufhebung der Forderung" trotzdem der Verjährung unterliegt. Aus der von der Rechtsordnung ſelbſt anerkannten Fortdauer des dem Anſpruche ſchon von vornherein anhaftenden materiellen Mangels muß dem Verpflichteten vielmehr auch jederzeit die Befugniß entſpringen, den vielleicht noch immer vorhandenen äußeren Schein des Anſpruchs zu zerſtören, auf daß dieſer nicht zu ſeinem bezw. ſeiner Erben Nachtheil ausgebeutet werde. Die Richtigkeit dieſes Gedankens anerkennend, beſtimmt der Entwurf auch ganz zutreffend im § 1076:

Steht dem Eigenthümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeſchloſſen wird, ſo kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

Der aus § 1076 ſich ergebende Anſpruch unterliegt alſo nicht der Verjährung. Hat der Gläubiger dagegen eine Ur-

kunde in der Hand, auf Grundlage welcher er zur Sicherstellung seines nach den §§ 745, 776 zu beurtheilenden Anspruchs eine Hypothek eintragen lassen kann, ohne daß er von dieser Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht hätte, so soll nach eben diesen Paragraphen der „Anspruch auf Aufhebung der Forderung" und Ungültigkeitserklärung der noch vorhandenen Schuldurkunde der Verjährung allerdings unterliegen.

Der hierbei begangene Fehler hängt übrigens offenbar auch mit den Bestimmungen der §§ 98, 99 über die Anfechtung obligatorischer Verträge zusammen, zu deren Abschluß der Verpflichtete durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung des anderen Theiles bestimmt worden ist. Denn bei Vorhandensein dieses Sachverhaltes „hat Jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt", liegt also zugleich auch der Thatbestand des § 776 vor. Nach dem Entwurf eröffnen sich in Fällen solcher Art für den Verletzten folgende Möglichkeiten:

1) Derselbe kann die eingegangene Verpflichtung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 99 mit der Wirkung anfechten, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 113).

2) Er kann aber ebenso gut die Anfechtung auch unterlassen und mit der in 30 Jahren verjährenden [28]) Bereicherungsklage „Aufhebung der Forderung" begehren.

3) Er kann endlich auch nach der Verjährung des Anspruches unter 2 die Erfüllung der Forderung verweigern.

Zeigt sich hier nicht ganz deutlich, daß die präkluſiviſche

---

28) Wann beginnt diese Verjährung zu laufen? Im Sinne des Entwurfs scheint gesagt werden zu müssen, mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung der Forderung ausgeschlossen ist.

Befristung der Anfechtung ganz und gar nicht auf Fälle paßt, wo aus dem anzufechtenden Geschäft nichts weiter entstanden ist, als eine Forderung des Anfechtungsgegners gegen den Anfechtungsberechtigten? Wäre dies richtig erkannt worden, so hätte sich der komplizirte Fall des § 776 überhaupt nicht ergeben können.

III. Schließlich soll noch konstatirt werden, daß der Entwurf zweiter Lesung gewisse Ansprüche für unverjährbar erklärt, welche der Verjährung nicht entzogen sein sollten. Im Gegensatz zum Entwurf erster Lesung bestimmt der zweiter Lesung in seinem § 813 a. E.:

> Der (grundbuchrechtliche) Berichtigungsanspruch unterliegt nicht der Verjährung.

Diese Normirung beruht zum Theil allerdings auf durchaus zutreffenden Gesichtspunkten. Grundbuchrechtliche Berichtigungsansprüche können nämlich aus zwiefachem Grunde entspringen:

1) daraus, daß in Fällen, wo das Eintragungsprinzip nicht durchführbar ist, die materielle Rechtslage eine Aenderung erfährt, während der Grundbuchstand ungeändert bleibt;

2) aber auch daraus, daß ein materiell unwirksamer Bucheintrag vorgenommen wird.

In den Fällen der ersten Art ist es ohne Zweifel ganz entsprechend, daß der Anspruch auf Berichtigung einer selbständigen Verjährung nicht unterliegt. Ein Musterbeispiel hierfür ist der Anspruch des Eigenthümers auf Löschung bezw. Umschreibung einer von ihm bezahlten Hypothek auf seinen Namen. Diese und ähnliche Ansprüche der Verjährung zu unterwerfen, wäre geradezu widersinnig.

Ganz anders verhält es sich dagegen in den Fällen der zweiten Art, bei welchen es sich übrigens wieder

a) um einen materiell unwirksamen positiven Eintrag oder

b) um eine materiell ungültige Löschung handeln kann.

Ad a. Der Erörterung dieses Sachverhaltes soll zunächst folgender Fall zu Grunde gelegt werden: X ist Eigenthümer eines Grundstücks und steht als solcher auch bis zu dem Augenblicke im Grundbuch, in welchem Y in (formell korrekter, aber) materiell unwirksamer Weise als Eigenthümer eingetragen wird. X hat danach gegen Y den Berichtigungsanspruch, welcher nach der citirten Bestimmung des § 813 der Verjährung nicht unterliegt. Allein im weiteren Verlaufe ihrer Berathungen konnte sich die Kommission doch der Erkenntniß nicht verschließen, daß eine Perpetuirung dieses Berichtigungsanspruches zu verkehrten Resultaten führen müsse, und glaubte sie die entsprechende Remedur darin zu finden, daß sie dem in materiell unwirksamer Weise eingetragenen Y eine eigenthümliche Art von Ersitzung ermöglichte. In diesem Sinne bestimmt § 815:

> Wer als Eigenthümer eines Grundstücks im Grundbuche eingetragen ist, ohne daß er das Eigenthum erlangt hat, erwirbt das Eigenthum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuche eingetragen ist[29]).

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn

---

29) Soll diese Hemmung auch eintreten, wenn der Widerspruch auf Verlangen eines Unberechtigten eingetragen wurde?

für Jemand ein ihm nicht zuſtehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen iſt, das zum Beſitze des Grundſtücks berechtigt oder deſſen Ausübung nach den für den Beſitz geltenden Vorſchriften geſchützt iſt. Für den Rang des Rechtes iſt die Eintragung maßgebend.

Dieſe Beſtimmung beruht auf dem vollkommen richtigen Grundgedanken, daß der Berichtigungsberechtigte ſich ſeines Anſpruches auf Wiederherſtellung des vorigen Buchſtandes allerdings mit der Wirkung verſchweigen kann, daß der rechtsunwirkſam eingetragene, aber unangefochten gebliebene Buchſtand volle Rechtswirkſamkeit erlangt. Auf bona oder mala fides des zu Unrecht Eingetragenen kommt dabei nichts an; wohl aber legt der Entwurf im Gegenſatz zu anderen Grundbuchgeſetzgebungen hierbei Gewicht darauf, daß das zu Unrecht eingetragene Recht von dem Eingetragenen auch ausgeübt worden iſt. Die Durchführung dieſes Gedankens iſt aber jedenfalls keine ganz befriedigende, wie ſich ſofort ergeben wird, wenn wir das Beiſpiel, von dem wir ausgegangen ſind, etwas weiter verfolgen: Veräußert unſer zu Unrecht als Eigenthümer eingetragener Y vor Ablauf der 30 Jahre das von ihm beſeſſene Grundſtück außerbücherlich, etwa durch Verkauf und Uebergabe an den Z, ſo gehen Eigenbeſitz und Legitimation durch Bucheintrag auseinander: denn im Buche ſteht noch Y als Eigenthümer, Eigenbeſitzer des Grundſtücks aber iſt Z. Und dieſer Umſtand hat nach § 815, der verlangt, daß Eingetragenſein als Eigenthümer und Eigenbeſitz am Grundſtück in derſelben Perſon zuſammentreffen, zur Folge, daß X ſeine Berichtigungsklage gegen Y auch, nachdem 30 Jahre ſeit der Eintragung des letzteren ſchon längſt vergangen ſind, noch mit Erfolg anſtellen kann. Schon dieſes Reſultat deckt auf, daß die Be-

ſtimmung des § 815 bei recht nahe liegenden Eventualitäten bereits völlig verſagt[30]).

Nicht minder unbefriedigend ſcheint mir zu ſein, daß ſich der Berichtigungsberechtigte ſeines Anſpruches auf Löſchung einer zu Unrecht eingetragenen Reallaſt, Hypothek[31]) oder Grundſchuld überhaupt nicht verſchweigen kann; denn nach § 813 unterliegt der Berichtigungsanſpruch als ſolcher keiner Verjährung, und durch § 815 werden die eben erwähnten Fälle nicht getroffen.

Ad b. Noch viel unbefriedigender iſt die Behandlung, welche die aus einer zu Unrecht erfolgten Löſchung ſich ergebenden Berichtigungsanſprüche im Entwurfe finden. Hier greift § 816 Satz 1 ein:

> Iſt ein Recht an einem fremden Grundſtücke mit Unrecht gelöſcht, ſo erliſcht es, wenn der Anſpruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer verjährt iſt.

Der leitende Gedanke ſcheint hier folgender zu ſein[32]): Wenn auch der Berichtigungsanſpruch als ſolcher nicht verjährt, ſo unterliegen doch die aus dem gelöſchten Rechte entſpringenden materiellen Anſprüche der Verjährung; und wenn von dieſen Anſprüchen wieder der gegen den Eigenthümer ver-

---

30) Mit der Analogie nach § 857 läßt ſich hier nicht operiren; denn nach dieſer Beſtimmung kommt dem Nachmann eines Eigenbeſitzers die während des Beſitzes des letzteren verſtrichene Erſitzungszeit zu Statten. In dem im Texte behandelten Falle ſteht dagegen ein Erwerb des außerbücherlichen Nachmannes des im Buch als Eigenthümer Eingetragenen überhaupt nicht in Frage.

31) Hierbei denke ich an einen Mangel des Hypothekeneintrags, welcher ſich nicht auf die Forderung bezieht.

32) Man iſt hierbei bis zu einem gewiſſen Grade freilich auf das Errathen angewieſen; denn die im § 816 beliebte Bezeichnung: „Anſpruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer" iſt ſo unklar als möglich.

jährt iſt, ſo erliſcht dadurch das gelöſchte Recht ſelbſt, und entfällt damit auch die Berichtigungsklage. M. E. iſt das nicht klar gedacht und gelangt man auf dem durch die Beſtimmung des § 816 vorgezeichneten Wege auch nicht zu brauchbaren Ergebniſſen.

1) Iſt das zu Unrecht gelöſchte Recht z. B. eine Hypothek, ſo iſt erfolgreiche Geltendmachung des materiellen Anſpruchs auf Befriedigung aus dem Grundſtück ſo lange geradezu ausgeſchloſſen, als nicht vorher der Berichtigungsanſpruch durchgeſetzt iſt. Dies ſcheint mit Nothwendigkeit zu dem Ergebniß zu führen, daß der Berichtigungsanſpruch der Verjährung unterworfen werden und daß die eingetretene Verjährung desſelben die Erlöſchung des hypothekariſchen Rechtes zur Folge haben muß. Der Entwurf entſcheidet gerade umgekehrt. Er erklärt den Berichtigungsanſpruch, deſſen Geltendmachung vorerſt allein möglich iſt, für unverjährbar und läßt die Erlöſchung desſelben erſt eintreten als Folge der Verjährung des Anſpruchs auf Befriedigung aus dem Grundſtück, d. i. eines Anſpruchs, deſſen Geltendmachung ohne vorangegangene Berichtigung des Grundbuchſtandes praktiſch nicht möglich iſt.

2) Wird eine Eigenthümerhypothek zu Unrecht gelöſcht, ſo kann, weil ſie nicht ein Recht an einem fremden Grundſtück iſt, und der Eigenthümer gegen ſich ſelbſt keinen Anſpruch hat, von einer Verjährung „des Anſpruchs des Berechtigten gegen den Eigenthümer" ſelbſtverſtändlich nicht die Rede ſein, d. h. mit anderen Worten: der dem Eigenthümer in dieſem Falle gegenüber den übrigen dinglich Berechtigten zuſtehende Anſpruch auf Wiederherſtellung der gelöſchten Eigenthümerhypothek kann — ſoweit nicht das Eingreifen des Vertrauensprinzips eine Aenderung herbeiführt — ewig geſtellt werden!

3) Zu einem ähnlichen Resultat wie unter Z. 2 gelangt man im Falle der zu Unrecht erfolgten Löschung einer Reallast. Denn der Berichtigungsanspruch als solcher verjährt nicht, und die Reallastberechtigung im Ganzen ist doch offenbar nicht ein Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer im Sinne des § 816[33]). Auch hier also ist der Berichtigungsanspruch des Reallastberechtigten ein perpetuirlicher und zwar selbst dann, wenn die gelöschte Reallast noch so lange unausgeübt geblieben ist.

4) Es soll endlich noch die Möglichkeit ins Auge gefaßt werden, daß α) eine Wegegerechtigkeit und β) ein Nießbrauch zu Unrecht gelöscht worden sind.

Ad α. Wie sieht es hier mit der Berichtigungsklage aus, wenn — wir wollen auch das noch annehmen — das gelöschte Wegerecht während der ganzen Verjährungszeit auch thatsächlich nicht ausgeübt wurde, und zwar so, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks der Ausübung einen Widerstand gar nicht entgegengesetzt hat, weil eine solche nicht einmal versucht wurde? Antwort: Die Berichtigungsklage ist trotzdem zulässig; denn der Berichtigungsanspruch ist unverjährbar, und der „Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer" konnte nicht verjähren, weil der letztere nicht das Geringste gethan hat, was mit der actio confessoria als „Zuwiderhandlung" zu ahnden wäre (vergl. § 165).

Ad β. Ist ein Nießbrauch zu Unrecht gelöscht worden, so soll nach der Auffassung des Entwurfs der Nießbrauch er-

33) Vielleicht dachten aber die Redaktoren hier an die Verjährung einer dem Reallastberechtigten in dem Falle, als der Bestand der Reallast vom Eigenthümer bestritten wird, gegen diesen zustehenden quasi confessoria. Allein selbst hiervon kann wenigstens dann keine Rede sein, wenn der Eigenthümer die Existenz der Reallast nicht bestritten hat, weil ihm hierzu bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Berichtigungsklage erhoben wird, gar keine Veranlassung gegeben war.

löschen und damit zugleich der unverjährbare Berichtigungsanspruch entfallen, wenn der Anspruch des Nießbrauchers auf Herausgabe des Besitzes gegen den Eigenthümer verjährt ist. Damit kann man jedoch schon dann nicht mehr das Auslangen finden, wenn der Eigenthümer den Eigenbesitz des Grundstücks einem Anderen, der aber vorläufig als Eigenthümer noch nicht eingetragen wird, überlassen hat. Denn bei solcher Sachlage ist der Anspruch des Nießbrauchers auf Herausgabe des Besitzes nicht gegen den Eigenthümer, sondern gegen einen Nichteigenthümer begründet, und tritt daher die Rechtsfolge des § 816 nicht ein.

Das über die Behandlung des grundbücherlichen Berichtigungsanspruchs zu fällende Gesammturtheil kann danach nur ein ungünstiges sein. Die einschlägigen Bestimmungen der §§ 815, 816 in Verbindung mit § 813 a. E. kommen auf diesem, allerdings recht schwierigen Gebiete über ein ganz unsicheres und vielfach fehlgreifendes Tasten nicht hinaus und können deshalb m. E. nicht acceptirt werden [34]).

---

### Nachtrag.

Auf S. 347 wurde gesagt, daß die Redaktoren bei der Formulirung des § 98 an Verträge zu Gunsten Dritter sicherlich nicht gedacht haben. Immerhin findet man jedoch in den Motiven I S. 207 (zu dem korrespondirenden § 103 erster Lesung) eine Bemerkung, welche, wennschon sie Verträge zu Gunsten Dritter nicht ausdrücklich hervorhebt, doch auch auf solche mitzubeziehen ist. A. a. O. heißt es: „Die Anfechtung auch in diesen Fällen (d. i. dort, wo die Erklärung an den B zu Gunsten eines Dritten C, der den Betrug verübt hat, abgegeben worden ist) zu gestatten, er-

34) Immerhin befriedigender als im Entwurfe wird diese Materie im österr. allg. Grundb.-Gesetz vom 25. Juli 1871 behandelt. Vergl. daselbst §§ 62 ff. Ob und inwieweit eine Verwerthung dieser Bestimmungen für das Recht des Entwurfs thunlich ist, soll bei Besprechung des Sachenrechts erörtert werden.

ſcheint bedenklich, weil nicht ausgeſchloſſen iſt, daß der Erklärungsempfänger ein Intereſſe daran hat, daß die von dem Betrogenen ihm gegenüber übernommene Verbindlichkeit beſtehen bleibt." Mein oben ausgeſprochener Tadel wird hierdurch ſelbſtverſtändlich nicht berührt. Denn der Vertrag zu Gunſten Dritter iſt bekanntlich nicht ein einſchichtiges, ſondern ein zweiſchichtiges Rechtsgeſchäft, und eine ſeitens des Promiſſars wegen eines vom Dritten geſpielten Betrugs erfolgende Anfechtung derjenigen Willenserklärung, welche die Zuwendung an den Dritten enthält, würde die aus dem Vertrage für den Promittenten ſich ergebenden Rechte völlig intakt laſſen.

Weitere Bedenken gegen § 98 haben ſich mir bei fortgeſetzter Durcharbeitung des Sachenrechts zweiter Leſung ergeben. Ich möchte ſie ſchon hier kurz andeuten. Der Entwurf enthält eine Reihe von Beſtimmungen, zufolge welcher gewiſſe Erklärungen entweder gegenüber einer beſtimmten betheiligten Perſon oder aber gegenüber dem Grundbuchamte abzugeben ſind. Vgl. außer dem bereits oben berührten § 797 insbeſondere auch noch §§ 796 und 801. War eine ſolche Erklärung durch Betrug eines „Dritten" veranlaßt worden, ſo macht es nach § 98 einen gewaltigen Unterſchied, je nachdem dieſelbe der beſtimmten betheiligten Perſon oder dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben wurde. Im erſteren Falle iſt Anfechtung wegen des vom Dritten geſpielten Betrugs nur zuläſſig, wenn der Erklärungsempfänger die Täuſchung kannte oder kennen mußte, in letzterm Falle iſt dagegen weil es an einem beim Geſchäft betheiligten Erklärungsempfänger fehlt und Abſ. 2 von § 98 daher nicht eingreift, die durch den Betrug des Dritten veranlaßte Erklärung nach Abſ. 1 von § 98 auch dann anfechtbar, wenn alle Betheiligten, zu Gunſten welcher jene erfolgt iſt, in optima fide waren. Der im § 98 begangene Fehler iſt ſomit ein doppelter: einerſeits wird die Anfechtung wegen Betrugs in unbilliger Weiſe eingeſchränkt, andererſeits wieder ganz ungebührlich ausgedehnt.

VII.

# Beſprechung reichsgerichtlicher Entſcheidungen.

## Vorbemerkung.

Wir beginnen hiermit die in unſerem Programm vom Januar 1893 in Ausſicht genommene Beſprechung grundſätzlich wichtiger Entſcheidungen der höchſten deutſchen Gerichtshöfe, insbeſondere des Reichsgerichtes, zu der ſich eine größere Anzahl von Praktikern und Theoretikern mit uns vereinigt hat. Einige der Herren Mitarbeiter haben die Grenzen dieſes Programms inſofern überſchritten, als ſie ſämmtliche in ihr Gebiet einſchlagende reichsgerichtliche Urtheile beſprochen oder wenigſtens erwähnt haben; im Laufe der Zeit wird ſich auch in dieſer Hinſicht eine größere Gleichmäßigkeit der Behandlung unſchwer durchführen laſſen.

Den Anfang macht eine Beſprechung handelsrechtlicher Entſcheidungen; im Anſchluß daran werden die Entſcheidungen aus dem bürgerlichen Recht und dem Civilprozeß (je nach dem verfügbaren Raum in dieſem oder in dem folgenden Bande) erörtert werden.

Die Redaktion.

# A. Handelsrecht.

## 1. Handelspersonen, Handelsgesellschaften, Makler und Agenten.

(Band 31—33 der amtlichen Sammlung.)

Besprochen von Rechtsanwalt Dr. H. Staub in Berlin.

### Band 31.

Derselbe ist der ergiebigste: er liefert eine stattliche Anzahl prinzipiell wichtiger Entscheidungen in den vorgedachten Materien.

1) Obenan steht die Entscheidung des Plenums (S. 17) über die Frage, ob die bei der Simultangründung von den Gründern einer Aktiengesellschaft getroffene Abrede der Uebernahme der Aktien ein Anschaffungsgeschäft ist. Mit unwiderleglichen Gründen wird hier im Gegensatze zur bisherigen konstanten Judikatur desselben Gerichtshofes bewiesen, daß, da jene Uebernahme ein originärer Erwerb ist, ein Anschaffungsgeschäft nicht vorliegt. Denn dieses ist ein Akt, der auf Erwerbung, auf „Anschaffung" eines bereits bestehenden Rechts abzielt, nicht auf Schaffung eines Rechts. Ihre praktische Bedeutung hat jene Entscheidung inzwischen bereits zum großen Theil verloren, nachdem das neue Reichsstempelgesetz, gerade um die für den Fiskus nachtheiligen Folgen dieser Plenarentscheidung zu beseitigen, den Anschaffungsgeschäften die Ausreichung von Werthpapieren an den ersten Erwerber gleichgestellt hat. Ihre Wichtigkeit für die Wissenschaft behält aber jene Entscheidung trotzdem. In der Art ihrer Begründung ist jene Entscheidung so mustergültig, daß sie einen bleibenden Gewinn für die Jurisprudenz darstellt.

2) Eine praktisch wichtige Frage wird in der Entscheidung vom 12. April 1893 (S. 47) entschieden, jedoch nicht in befriedigender Weise, nämlich die Frage, ob der Veräußerer eines Geschäfts befreit ist, wenn der Erwerber die Passiva übernommen hat und der Gläubiger nachträglich die ihm obliegende Leistung aus dem zweiseitigen Vertrag an den Erwerber gemacht hat. Die Entscheidung des R.G.Bd. 19 S. 253 hatte in solchem Falle den Veräußerer, weil an ihn nicht geliefert sei, und weil zweiseitigen Verträgen ein synallagmatischer Charakter innewohne, für befreit erklärt. In meinem Kommentar zum H.G.B. § 14 zu Art. 22 hatte ich mich hiergegen gewendet, weil ja der Erwerber die Aktiva übernommen habe und damit auch das Recht auf Erfüllung, der Gläubiger aber dadurch nicht den ersten Schuldner aus der Haftung entlassen habe, daß er an den Erwerber liefert, der ja durch den Erwerb der Aktiva ein Recht auf die Lieferung erlangt habe. In der oben gedachten neuerlichen Entscheidung erkennt das Reichsgericht im Allgemeinen diesen Standpunkt an, giebt also, ohne es zuzugestehen, seine prinzipiell abweichende Ansicht im 19. Bande auf; es will jedoch von seiner früheren Ansicht noch so viel retten, daß es sagt, wenn der Gläubiger dem Erwerber bei der Lieferung Kredit gewähre, so sei dadurch der erste Schuldner entlassen. Auch das kann aber als richtig nicht zugegeben werden, da der Gläubiger den einen Solidarschuldner aus der Haftung nicht dadurch entläßt, daß er dem anderen Nachsicht gewährt.

3) Die Entscheidung vom 3. Mai 1893 (S. 59) ist für das Rechtsverhältniß der Agenten von mehrfacher Bedeutung. Einmal schon deshalb, weil sie sich überhaupt mit diesem von der Gesetzgebung, Judikatur und Wissenschaft so sehr vernachlässigten Verhältnisse beschäftigt. Sodann aber, weil sie eine Definition dieses Verhältnisses enthält, die ich für um so zu-

treffender erklären muß, als ſie ſich an die in meinem Kommentar gegebene anſchließt. Es will mir nur ſcheinen, als ob „die Sorge für den Umſatz der Waare" ein zu allgemeiner Ausdruck iſt; daß dieſe Sorge für den Umſatz durch Vermittelung von Kaufgeſchäften geſchieht, gehört doch wohl zum Weſen des Verhältniſſes. Aber auch eine weitere, vielleicht nur unbewußt gemachte Bemerkung in jener Entſcheidung iſt für die Agenten wichtig. Der oberſte Gerichtshof ſagt nämlich: „Durch dieſen Vertrag wird nun dem Agenten für die beſtimmt verabredete oder für angemeſſene Dauer" die Ausſicht auf einen Erwerb eröffnet. Darin bricht ſich im Gegenſatz zum R.O.H. 19 S. 259 die wohlbegründete Anſchauung Bahn, daß das Verhältniß des Agenten auf die Dauer berechnet iſt, weshalb der Agent nicht jeden Augenblick vor die Thür geſetzt werden kann, ſondern ſein Verhältniß nur mit angemeſſener, leider geſetzlich nicht geregelter Friſt gelöſt werden kann. Was das Reichsgericht hier ausgeſprochen hat, iſt freilich nur ein Wort, auch nur ein nebenher gefallenes, aber es iſt doch ein Wort des Reichsgerichts.

4) Die Entſcheidung vom 29. April 1893 (S. 81) beantwortet die Frage, ob eine offene Handelsgeſellſchaft, welche verklagt iſt, den einem Geſellſchafter zuſtehenden Anſpruch dem Gläubiger der offenen Handelsgeſellſchaft compensando entgegenſtellen darf. Die Entſcheidung bejaht die Frage. In einer früheren Entſcheidung (Bolze, 9 Nr. 474) hatte das Reichsgericht umgekehrt entſchieden, unſerer Anſicht nach richtig. Die neuere Entſcheidung wird von Conrades in Goldſchmidt's Zeitſchr. f. Handelsrecht, Bd. 43 S. 52 mit Erfolg bekämpft.

5) Die Entſcheidung vom 19. Mai 1893 (S. 98) iſt wichtig wegen der in zutreffender Weiſe aufgeſtellten Schranken der ſog. Konkurrenzverbote. Das Reichsgericht unterſcheidet

a) das dehnbare Prinzip, daß die persönliche Freiheit und Erwerbsfähigkeit des Einzelnen nicht übermäßig beschränkt und nur ein begründetes Interesse geschützt werden kann,

b) die absolute Schranke, daß die Erwerbsfreiheit nicht für immer im Ganzen oder in einzelnen Richtungen vernichtet werden darf.

6) Die Entscheidung vom 28. Oktober 1893 (S. 147) verneint die Frage, ob die Annahme eines neuen Talons mit anderem Inhalte das Schuldverhältniß ändert. Die Entscheidung kann nur gebilligt werden und bietet einen werthvollen Anhalt für die Entscheidung der bekannten Platzkartenprozesse. Auch bei diesen kommt der Vertrag nicht durch Annahme des Fahrscheins zu Stande, vielmehr wird dieser als Bescheinigung für den abgeschlossenen Vertrag gegeben. Diese Bescheinigung muß dem Vertrage entsprechen, und der Reisende hat wohl auch ein Recht auf Ausstellung einer der Sachlage entsprechenden Fahrkarte, aber nicht das Recht, sich auf den Standpunkt zu stellen, der Vertrag sei in Gemäßheit dieser Bescheinigung abgeschlossen.

## Band 32.

1) Die Entscheidung vom 2. November 1893 (S. 32) spricht den im Ernst wohl nicht zu leugnenden Grundsatz aus, daß sich die Vertretungsbefugniß der offenen Handelsgesellschafter auch auf Nichthandelsgeschäfte bezieht, da sie das Organ sind, durch welches die offene Handelsgesellschaft im Rechtsleben auftritt, ihre Vertretungsbefugniß reicht daher so weit, als die Aktionsfähigkeit der Gesellschaft überhaupt.

Der fernere Grundsatz, daß die offene Handelsgesellschaft für die unerlaubten Handlungen der vertretungsbefugten Ge-

ſellſchafter hafte, entſpricht gleichfalls der bisherigen Judikatur des Reichsgerichts.

2) Die Entſcheidung vom 13. November 1893 (S. 44) ſtellt feſt, daß am Erfüllungsorte der Geſellſchaft auch die einzelnen Geſellſchafter ihre Solidarhaft für die Geſellſchaftsſchulden zu erfüllen haben. Das Reichsgericht ſchließt ſich in dieſer Hinſicht meinen Ausführungen (§ 2 zu 112 meines Kommentars zum H.G.B.) an, und ich glaube nicht, daß dieſe in der Praxis der Gerichte häufig vorkommende, wiſſenſchaftlich bisher nicht behandelte Frage anders zu beantworten iſt, wie geſchehen. Denn die offene Handelsgeſellſchaft iſt ja nichts als die offenen Geſellſchafter ſelbſt in ihrer Vereinigung; durch die Aktion der vereinigten Geſellſchafter entſteht nach dem Willen des Geſetzes (Art. 112 H.G.B.) nicht bloß eine Haftung der Geſellſchafter in ihrer Vereinigung, ſondern auch ohne dieſe Vereinigung, in ihrer rechtlichen Trennung. Der Rechtsgrund für alle dieſe Haftungen aber iſt ein einheitlicher; iſt es ein Vertrag, ſo iſt der Rechtsgrund aller dieſer Haftungen derſelbe Vertrag, der demgemäß nur einen einheitlichen Erfüllungsort haben kann.

3) Der Beſchluß vom 25. September 1893 (S. 60) beantwortet die Frage, ob der Antrag auf Ernennung von Reviſoren nach Art. 222* eine Angelegenheit der ſtreitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit ſei, in letzterem Sinne und befindet ſich hierbei in Uebereinſtimmung mit der in der Literatur herrſchenden Anſicht.

## Band 33.

1) Die Entſcheidung vom 13. Januar 1894 (S. 16) beſchäftigt ſich mit der Frage der Vertheilung des Vermögens einer aufgelöſten Geſellſchaft, wenn voll eingezahlte Aktien mit

Interimsſcheinen konkurriren. Die Entſcheidung betont in zutreffender Weiſe das für das Aktienrecht in ſo mancherlei Hinſicht wichtige Prinzip, daß die Höhe der geleiſteten Einzahlung über den Umfang des Aktienrechts nicht entſcheidet, daß vielmehr auch derjenige Aktionär, der noch nicht voll eingezahlt hat, das volle Aktienrecht beſitzt. Dieſes Prinzip, aus welchem hier die Folgerung gezogen wird, daß auch bei der Kapitalsvertheilung Aktien und Interimsſcheine gleich zu behandeln ſind, kommt auch ſonſt zur Geltung, insbeſondere beim Stimmrecht.

2) In hohem Grade intereſſant iſt die Entſcheidung vom 30. Juni 1894 (S. 141). Nach Art. 284 H.G.B. iſt die Konventionalſtrafe im Zweifel nicht Wandelpön. Allein ich habe in meinem Kommentar zum H.G.B. (§ 8 zu Art. 59) darauf aufmerkſam machen zu müſſen geglaubt, daß bei den ſogenannten Konkurrenzverboten die Konventionalſtrafe nach der Intention der Parteien ſehr oft die Bedeutung einer Wandelpön haben wird. Dem ſchließt ſich das Reichsgericht in der vorliegenden Entſcheidung nicht nur an, ſondern, weit darüber hinausgehend, nimmt es an, daß es „dem Weſen der Verträge vorliegender Art und der regelmäßigen Verkehrsanſchauung entſpricht, daß das volle Intereſſe des Berechtigten an der Vertragserfüllung durch die Strafe erſchöpfend geſichert und der Verpflichtete in die Lage verſetzt werden ſoll, durch die Leiſtung der Strafe ſich von der ihm auferlegten Beſchränkung ſeiner Erwerbsfreiheit frei zu machen.“ Ich glaube nicht, daß das zu weit geht, obwohl hierdurch die geſetzliche Regel des Art. 284, daß die Strafe im Zweifel keine Wandelpön iſt, für Verträge der hier in Rede ſtehenden Art in ihr Gegentheil umgekehrt wird.

## 2. Entgeltlichkeit der Handelsgeschäfte (insbesondere des Kommissionsgeschäfts). — Eigenthum und Pfandrecht an Werthpapieren.

Besprochen von **Ehrenberg.**

Von großer prinzipieller Bedeutung ist ein Urtheil des I. Civilsenats vom 17. Februar 1894 (Entscheid., Band 33 Nr. 24 S. 105—115). Es erstreckt sich auf zahlreiche handelsrechtliche Materien und wird wahrscheinlich auch erheblichem Widerspruch begegnen (vgl. auch unten in den wechselrechtlichen Besprechungen die Erörterung von Lehmann). Ich meinerseits halte es für ein Muster gesunder, weitblickender, von hergebrachter Schablone sich freimachender Judikatur und will aus dem reichen Inhalte hier zwei Hauptpunkte hervorheben.

1) Wenn ein Kaufmann gewisse Geschäfte, die ihrer Art nach zu seinem Gewerbebetrieb gehören, vereinzelt oder auch wiederholt unentgeltlich betreibt, so verlieren sie dadurch nicht ihren allgemeinen Charakter als Handelsgeschäfte und ihren besonderen Charakter, z. B. als Kommissionsgeschäfte, es finden daher die Grundsätze des Handelsgesetzbuchs auf sie Anwendung. Ein Bankier also, der in eigenem Namen für fremde Rechnung den Umtausch von Werthpapieren, bezw. die Besorgung neuer Couponbogen übernimmt und dafür üblicherweise keine Provision berechnet, hat dennoch für seine Forderung aus laufender Rechnung ein Pfandrecht an den betreffenden Werthpapieren nach Art. 374 des Handelsgesetzbuchs.

Ich möchte diese Entscheidung durch ein weiteres Beispiel aus dem Versicherungsrecht unterstützen. Es kommt nicht selten vor, daß die Assekuranzgesellschaften ihre Beamten gratis versichern; nicht nur wirthschaftlich, sondern auch juristisch muß dieses Verhältniß nach den Grundsätzen des Versicherungswesens und Versicherungsrechtes beurtheilt werden.

2) Derjenige, welcher Eigenthum oder Pfandrecht an Werthpapieren hat, behält dieſes Recht, auch wenn die Papiere bei der Ausgabe neuer Couponbogen vom Emittenten kaſſirt und dafür neue Urkunden herausgegeben werden: das Recht ſetzt ſich nach dem Umtauſch an den neuen Urkunden unmittelbar fort. Dies iſt ein Gebot ebenſo der Verkehrsſicherheit wie der Gerechtigkeit. Denn wie ſollte der zufällige Umſtand, ob bei der Ausgabe neuer Zinscoupons der Emittent die Erneuerung der Urkunde für erforderlich hält oder nicht, maßgebend ſein für den Untergang oder Fortbeſtand des Rechtes aus dem Papier! Das Entſcheidende iſt und bleibt eben dieſes Recht *aus* dem Papier: das Forderungsrecht; allerdings iſt es dinglich mit dem Papier verknüpft, aber dieſe Verknüpfung findet nur im Intereſſe der Verkehrsmöglichkeit und Verkehrsſicherheit ſtatt, nur im Intereſſe einer *zweckmäßigen* Nutzbarmachung des Forderungsrechts iſt dasſelbe gewiſſen ſachenrechtlichen Grundſätzen unterſtellt. Niemals aber dürfen dieſe Grundſätze ſklaviſch angewandt, um ihrer ſelbſt willen zur Geltung gebracht und dazu benutzt werden, um *verkehrswidrig* und ohne jeden vernünftigen Grund die Nutzbarmachung des Forderungsrechts zu ſchädigen. Nur in dieſem Sinne verſtehe ich die Worte des Erkenntniſſes (S. 108): „Bei Schuldurkunden, welche auf den Inhaber lauten, bildet das Papier als ſolches keinen ſelbſtändigen Gegenſtand des Eigenthums. Es iſt nur um der Forderung willen vorhanden, und der Gläubiger, welchem die im Papiere verkörperte Forderung zuſteht, iſt daher in der Regel rechtlich auch als der Eigenthümer des Papieres anzuſehen."

Man mag dieſe *Formulirung* vielleicht für eine nicht ganz gelungene anſehen, aber auch wer, wie ich, prinzipiell auf dem Boden der ſog. Eigenthumstheorie ſteht (d. h. alſo dieſe Theorie dazu benutzt, um eine ganze Reihe wichtiger,

von den Werthpapieren geltender Rechtssätze auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückzuführen) wird trotzdem unerträgliche Konsequenzen dieser Theorie ablehnen. Wo die juristische Theorie sich zu dem wirthschaftlichen Zweck eines Rechtsinstituts in schneidenden Gegensatz stellt, hat sie zu weichen.

---

## 3. Kaufgeschäft.

Besprochen von Professor Dr. **Cosack** in Freiburg.

Entscheidung des ersten Civilsenats vom 7. Febr. 1894 in Sachen U. (Kl.) wider A. & Z. (Bekl.), Rep. I 507/93, Bd. 33 Nr. 5 S. 23 der Entscheidungen des Reichsgerichts.

U. in Berlin kauft von A. & Z. in Amsterdam Tabak. A. & Z. senden darauf dem U. am 28. März 1891 eine Rechnung mit folgendem Vermerk: „Herr U. Berlin, Dbt. für an Sie verkaufte 20 Packen Tabak, welche wir zu ihrer Ablieferung kostenfrei, nur gegen Feuersgefahr versichert, auf Lager halten und bei Absendung kostenfrei für Ihre Rechnung und Gefahr an die Verladungsstelle hierselbst liefern." U. erhebt gegen die Rechnung keinen Einspruch. Am 2. Januar 1892 bezahlt er den ganzen Kaufpreis. Am 25. Januar 1892 erhält er auf seine Anordnung einige der gekauften Packe. Am 28. Januar rügt er deren schlechte Beschaffenheit, stellt sie A. & Z. zur Verfügung und fordert nunmehr klagend die Rückzahlung des Preises.

Das Reichsgericht hat die Klage abgewiesen. Durch den Vermerk der von A. & Z. übersendeten, von U. stillschweigend angenommenen Rechnung sei ein constitutum possessorium zu

Stande gekommen, alſo die Uebergabe der verkauften Waare vom Verkäufer an den Käufer vollzogen. Der Verkäufer habe damit die ihm aus dem Kaufvertrage obliegenden Verpflichtungen erfüllt und haſte dem Käufer nur noch als Verwahrer. Es liege alſo ein in Amſterdam erfülltes Platzgeſchäft, kein Diſtanzgeſchäft vor. Der Käufer habe mithin die Waare in Amſterdam innerhalb billiger Friſt nach dem 28. März 1891, als dem Tage der Uebergabe, unterſuchen und etwaige bei der Unterſuchung erkennbare Mängel alsbald rügen müſſen. Da er ſeine Rüge erſt am 28. Januar 1892 erhoben, ſei ſie verſpätet.

Dies Erkenntniß iſt in mehrfacher Beziehung bedenklich:

1) Ich vermag aus dem vom Reichsgericht berichteten Thatbeſtande nicht zu entnehmen, daß der Verkäufer am 28. März 1891 die verkaufte Waare wirklich mittels Konſtituts an den Käufer übergeben hat. Denn es iſt nicht geſagt, daß der Verkäufer damals die Waare von ſeinen ſonſtigen Vorräthen getrennt hat, und daß dies in der Rechnung vermerkt worden iſt; namentlich giebt die Rechnung, ſoweit das Reichsgericht ſie mittheilt, nicht an, daß und wie die für den Käufer auf Lager gehaltenen Packe gezeichnet ſeien. Selbſtverſtändlich iſt die Abtrennung nicht. Es fehlt alſo die erſte Vorausſetzung der Beſitzübergabe: die Individualiſirung des zu übergebenden Gegenſtandes.

2) Geſetzt aber auch, die Individualiſirung ſei in einer für den Käufer erkennbaren Weiſe erfolgt und die Beſitzübergabe wirklich zu Stande gekommen, ſo vermag ich die Behauptung nicht zu billigen, daß dadurch das Kaufgeſchäft den Charakter eines Platzgeſchäftes erhalten habe und der Käufer zu ſofortiger Unterſuchung der Waare verpflichtet geweſen ſei. Aus der Rechnung geht nämlich hervor, daß der Verkäufer die Abſendung der Waare zu beſorgen hatte; denn unter der

„Lieferung der Waare an die Verladungsstelle" ist doch nicht zu verstehen, daß der Käufer sich an der Verladungsstelle einfinden und die Waare dort in Empfang nehmen sollte; sondern es ist anzunehmen, daß der Verkäufer die Waare an der Abladungsstelle an den Schiffer (oder einen sonstigen Frachtführer) zu übergeben hatte. Das ist aber gerade das Kennzeichen des Distanzgeschäfts. Es ist dafür ganz gleichgültig, ob der Verkäufer selber den Schiffer aussuchte oder ob der Schiffer ihm vom Käufer bezeichnet war, gleichgültig auch, ob der Verkäufer die Uebergabe der Waare im eigenen Namen oder im Namen des Käufers vornahm. Denn in jedem Falle war der Schiffer nicht der Mann, der nach der Absicht beider Vertragsparteien die Beschaffenheit der Waare im Namen des Käufers zu untersuchen hatte; und da der Käufer bei der Abladung nicht anwesend zu sein brauchte, war also der Abladungsort Amsterdam überhaupt nicht der Ort, wo die Waare zu untersuchen war; vielmehr war die ordnungsmäßige Untersuchung erst nach Vollendung der Versendung der Waare, erst am Bestimmungsorte, erst in Berlin vorzunehmen: die Waare war, wie H.G.B. Art. 347 sagt, dem Käufer von einem anderen Orte übersendet, also erst nach Ablieferung zu untersuchen. Das Reichsgericht wendet hiergegen ein: die Absendung der Waare sei gar nicht durch den Verkäufer als solchen erfolgt; der Verkäufer als solcher habe seine Rolle durch das Konstitut beendigt; fortab sei er bloßer Verwahrer gewesen. Ich erhebe gegen diese Behauptung nachdrücklich Einspruch. Das (angebliche) Konstitut und der damit verbundene (angebliche) Verwahrungsvertrag ist nach meiner Ansicht vielmehr ein Bestandtheil des Kaufvertrags, eine durchaus in den Rahmen des Kaufgeschäftes fallende Nebenabrede gewesen. So wenig wie der Verkäufer, welcher die Zusendung der von ihm gekauften Waare an den Käufer

verſpricht, damit außer dem Kaufgeſchäft noch ein Speditions- oder Frachtgeſchäft abſchließt und für die Zuſendung wie ein Spediteur oder Frachtführer haftet, ſo wenig iſt in einem Falle, wie der hier vorliegende, die Zuſage des Verkäufers, die Sache für den Käufer aufzuheben, als ein ſelbſtändiges Verwahrungsgeſchäft, der Verkäufer fortab als bloßer Verwahrer aufzufaſſen. Das Reichsgericht zerreißt durch ſeine Annahme zwei eng zuſammengehörige, nach einheitlichen rechtlichen Geſichtspunkten zu beurtheilende Abreden in willkürlicher Weiſe. Ich ſtelle alſo die Gegenbehauptung auf: der Verkäufer hat, wenn ein Konſtitut ſtattgefunden, die Verwahrung und ſpätere Abſendung in ſeiner Eigenſchaft als Verkäufer übernommen. Daraus folgt weiter: die Waare iſt vom Verkäufer als ſolchem dem Käufer zugeſendet, das Geſchäft iſt und bleibt Diſtanzgeſchäft.

Natürlich iſt es ſehr wohl denkbar, daß die Parteien im Einzelfall eine Vereinbarung treffen, welche ſich der Auffaſſung des Reichsgerichts anſchließt. Aber daß eine ſolche Vereinbarung getroffen iſt, muß dann eben beſonders feſtgeſtellt werden, etwa durch Hinweis auf die zwiſchen den Parteien in anderen Fällen gepflogene Uebung oder durch Bezugnahme auf beſondere Gebräuche des Tabakhandels. Die abſtrakte Art dagegen, in welcher das Reichsgericht zur Feſtſtellung jener Vereinbarung gelangt, der bloße ganz allgemeine Hinweis auf die angebliche Uebergabe der verkauften Waare am Platz mittels Konſtituts, erſcheint mir gänzlich unzureichend. Um ſo mehr, als die Vereinbarung, wie das Reichsgericht ſie feſtſtellt, erſt nach Abſchluß des eigentlichen Kaufgeſchäftes getroffen ſein ſoll; es wäre alſo hiernach das anfänglich als Diſtanzgeſchäft gemeinte Geſchäft durch einen vom Verkäufer einſeitig ausgeſtellten und vom Käufer ſtillſchweigend angenommenen Rechnungsvermerk nachträglich in ein Platzgeſchäft verwandelt.

Liegt da nicht der Einwand nahe, daß der Käufer den Rechnungsvermerk in einer anderen Art als das Reichsgericht, in einem ihm günstigeren Sinne auffassen durfte, und daß der Verkäufer, wenn er von vornherein die vom Reichsgericht angenommene Absicht gehabt hat, dies hätte deutlicher sagen müssen? Freilich hat das Reichsgericht Recht, wenn es auf die üble Lage eines Verkäufers hinweist, der geraume Zeit hindurch, solange bis der Käufer sich zur Abnahme entschließt, auf eine Bemängelung der von ihm für den Käufer auf Lager genommenen Waare gefaßt sein muß. Indes hat sich ja der Verkäufer freiwillig in diese Lage begeben. Warum hat er nicht mit dem Käufer ein bestimmtes Abnahmeziel vereinbart? Warum hat er, wenn ein solches Ziel nicht vereinbart war, die an den Käufer zu liefernde Waare schon so früh „auf Lager genommen"? Und ist etwa die Lage des Käufers eine angenehme, die von ihm zur Lieferung nach Berlin bestellte Waare in Amsterdam untersuchen zu müssen?

3) Aber gesetzt auch, das Kaufgeschäft sei nach Vereinbarung der Parteien ein Platzkauf gewesen! Man erwäge die ganze Sachlage. Der Käufer ist durchaus nicht im Abnahmeverzug. Nun bittet nicht er, daß der Verkäufer den Tabak auf Lager nehme, sondern der Verkäufer bietet sich dem Käufer seinerseits als Verwahrer an. Der Käufer nimmt dies Angebot nicht ausdrücklich an, sondern schweigt. Da darf doch der Verkäufer dies Stillschweigen nicht willkürlich auslegen, sondern nur so, wie es der Käufer verständiger Weise beabsichtigt hat. Nun weiß der Verkäufer, daß der Käufer die Sache noch nicht untersucht hat; er weiß auch, daß der Käufer nachträglich in der Zeit, während der Verkäufer auf seine Antwort zu warten verpflichtet ist, zu der Untersuchung nicht vorgeht. Was kann der Käufer verständiger Weise mit seinem Verfahren beabsichtigen? Sicher nicht die

Billigung der Waare ſchlechthin. Vielmehr kann der Käufer — wenn er wirklich, wie das Reichsgericht annimmt, wiſſen muß, daß es ſich hier nicht um das bloße Verwahren, ſondern um den „Empfang" des Tabaks handelt — mit ſeinem Stillſchweigen nur ſagen: der Verkäufer ſolle ſein Vertrauensmann ſein, er ſolle die Sache nicht bloß verwahren, ſondern für ihn, den Käufer, „empfangen". Mit anderen Worten: der Verkäufer ſelbſt iſt jetzt zur ſofortigen Unterſuchung des Tabaks verpflichtet, und kann es keinesfalls dem Käufer zum Vorwurf machen, daß dieſer ſelber die Unterſuchung verſäumt hat. Dazu kommt, daß bei dem Platzkauf die Unterſuchungspflicht des Käufers nicht auf ſtrengem Recht, ſondern auf Billigkeit beruht. Und ich behaupte: ſolange der Verkäufer auf ſein eigenes Angebot hin die von ihm zu liefernde Sache für den Käufer verwahrt und von einem Abnahmeverzuge des Käufers nicht die Rede iſt, wird eine Unterſuchung der Sache ſeitens des abweſenden Käufers durch die Billigkeit *nicht* gefordert. Im Gegentheil wäre es unbillig, wenn der Verkäufer die Unterſuchung der Waare durch den Käufer verlangt, ohne den Käufer ausdrücklich darauf aufmerkſam zu machen. Sonach iſt die Entſcheidung des Reichsgerichts, auch vom Standpunkt des Platzkaufs aus beurtheilt, nicht gerechtfertigt.

---

## 4. Seerecht mit Einſchluß des Seeverſicherungsrechts.

Beſprochen von **Ehrenberg**.

*Hülfsleiſtung in Seenoth. — Natur und Beſtandtheile des Schiffsvermögens. — Seeverſicherung.*

Von großem Intereſſe und weittragender theoretiſcher und praktiſcher Bedeutung iſt ein Erkenntniß des I. Civilſenates

des Reichsgerichts vom 6. Juli 1892 (Entſcheid., Band 32 Nr. 2 S. 4—17).

Der Thatbeſtand iſt kurz folgender: Ein in Seenoth gerathener Dampfer war durch einen demſelben Rheder gehörenden Dampfer nach viertägiger Arbeit gerettet worden. Der Hülfslohn wurde als gemeinſchaftliche Haverei auf Casko, Fracht und Ladung des nothleidenden Schiffes dispachirt, und der Rheder verlangte von ſeinem Aſſekuradeur Erſatz des auf Kasko fallenden Havereibeitrags. Der Aſſekuradeur weigerte ſich, dieſen Beitrag inſoweit zu erſetzen, als derſelbe dem Rheder des rettenden Schiffes prinzipiell zuſtehen würde, da dieſer Rheder und der Rheder des nothleidenden (beitragspflichtigen) Schiffes eine und dieſelbe Perſon und ein Anſpruch reſp. eine Beitragspflicht inſoweit alſo gar nicht entſtanden ſei; er wollte ſtatt deſſen nur diejenigen Unkoſten und Schäden erſetzen, die dem Rheder in Folge der Hülfsleiſtung (durch die Verlängerung der Reiſe des rettenden Schiffes) entſtanden ſeien.

Die Klage auf den Mehrbetrag, alſo auf Erſatz der ganzen dem Kasko des nothleidenden Schiffes auferlegten Quote des Hülfslohnes wurde in den erſten Inſtanzen abgewieſen, dagegen vom Reichsgericht als berechtigt anerkannt.

---

I. Sehen wir zunächſt von jeder Aſſekuranz ab und betrachten wir den Fall ſo, als ob es ſich lediglich um die Forderung auf Hülfslohn ſelber handelte: hat alſo der Rheder gegenüber dem Kasko des geretteten Schiffes einen Anſpruch auf Hülfslohn?

Dieſe Frage wäre dann ſicher zu bejahen, wenn der Anſpruch auf Hülfslohn zur fortune de mer des rettenden Schiffes gehörte, denn alsdann könnten die Schiffsgläubiger

des rettenden Schiffes verlangen, daß dieſer Anſpruch ihr Haftgut vermehre, anders ausgedrückt, daß eine Summe in Höhe des Hülfslohnes aus der fortune de mer des nothleidenden Schiffes ausgeſchieden und der fortune de mer des rettenden Schiffes hinzugefügt werde. Leider iſt dies aber nach poſitivem Recht nicht der Fall (Ehrenberg, Beſchränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, S. 250), und das Reichsgericht irrt, wenn es das Gegentheil annimmt (S. 11 und 12). Auch wird der Rheder den gewöhnlichen Schiffsgläubigern nicht perſönlich haftbar, wenn er ſein Schiff zu einer Hülfsleiſtung verwendet (Ehrenberg a. a. O. S. 301, 302), d. h. das Schiffsvermögen vermehrt ſich in dieſem Fall auch nicht um einen perſönlichen Anſpruch gegen den Rheder. Weder direkt noch indirekt ſind die Schiffsgläubiger des rettenden Schiffes daher an dem Hülfslohn intereſſirt.

Aber trotzdem beſteht ein Anſpruch auf Hülfslohn, und zwar ſteht er lediglich dem Rheder und lediglich zu Gunſten ſeines Landvermögens zu. Ein derartiger Anſpruch iſt, wie das Reichsgericht S. 10 hervorhebt, für die auf das Schiffsvermögen gemachten Impenſen des Rhederś (als ſog. Deduktionsrecht des Rhederś, Ehrenberg, S. 278) längſt anerkannt, und er iſt auch hier, und zwar aus denſelben Gründen wie dort, anzuerkennen: denn die Schiffsgläubiger des nothleidenden Schiffes können vom Rheder nicht verlangen, daß er ohne Ausſicht auf Hülfslohn Theile ſeines übrigen Vermögens für ſie riskire, insbeſondere ihnen mit einem ſeiner anderen Schiffe zu Hülfe komme. Gerade in ihrem Intereſſe liegt es alſo, daß der Anſpruch des Rhederś auf Hülfslohn anerkannt werde, damit er vorkommenden Falls geneigt ſei, eine riskante und koſtſpielige Bergung oder Hülfsleiſtung zu unternehmen (Erk., S. 11), und ihnen kann es ja gleichgültig

ſein, ob ſie den Hülfslohn an ihren eigenen Rheder oder an einen Dritten zu zahlen haben, wenn nur ihr Haftgut überhaupt gerettet wird.

Dagegen ſind die Argumente, mit denen das Reichsgericht (S. 12 oben) dieſe Anſicht noch weiter zu ſtützen ſucht, nicht durchſchlagend; es würde indeſſen zu weit führen, wollte ich hierauf näher eingehen.

II. Aendert ſich dieſes Reſultat nun dadurch, daß auf das Kasko des nothleidenden Schiffes ein Verſicherungsvertrag abgeſchloſſen war? Wenn wir dieſe Frage lediglich nach Zweckmäßigkeitsgründen beantworten dürften, ſo würden wir ſie ganz gewiß verneinen. Denn auch für den Aſſekuradeur des nothleidenden Schiffes iſt es von höchſtem Intereſſe, daß der Rheder nach Möglichkeit ſelbſt für eine riskante und koſtſpielige Bergung oder Hülfsleiſtung des verſicherten eigenen Schiffes gewonnen werde. Aber leider ſtellt ſich die Sachlage nach poſitivem Recht anders, ſowohl nach dem Handelsgeſetzbuch wie nach den Allgemeinen Seeverſicherungs-Bedingungen.

1) Nach H.G.B. Art. 838 Z. 1 (Allg. See.-V.-Bed. § 84 Z. 1) fallen dem Verſicherer zur Laſt „die Beiträge zur großen Haverei mit Einſchluß derjenigen, welche der Verſicherte ſelbſt wegen eines von ihm erlittenen Schadens zu tragen hat". Wie ſich auch aus den folgenden Artikeln ergiebt, dachte der Geſetzgeber dabei (abgeſehen von dem Fall, wenn der Verſicherte ſelbſt einen Schaden unmittelbar durch die Haverei erlitten hat) augenſcheinlich nur an die zwei Möglichkeiten, daß der Verſicherte Beiträge aus großer Haverei entweder von Dritten zu empfangen oder an Dritte zu entrichten hat: im erſten Falle erleidet er einen Schaden, wenn dieſe Beiträge nicht eingehen (H.G.B. Art. 842, Allg. See-V.-Bed. § 90), im letzten Falle, wenn der Dritte dieſe Beiträge einzieht; iſt

Digitized by Google

dagegen (im letzten Falle) kein solcher Dritter vorhanden, so erleidet der Versicherte auch keinen Schaden, und der Assekuradeur hat daher nichts zu ersetzen.

So weit der Gedankengang des Gesetzgebers bezw. des Verfassers der Allgem. See-V.-Bedingungen. Ob der versicherte Rheder selber — in seiner Eigenschaft als Herr seines Landvermögens oder als Herr eines anderen Schiffsvermögens — ebenfalls als ein solcher „Dritter" betrachtet werden könne, an diesen Fall hat weder der Gesetzgeber noch der Verfasser der Bedingungen gedacht; und somit beweisen die obigen Bestimmungen gar nichts für die Auffassung des Reichsgerichts, ja prima facie sind sie gewiß eher für die entgegengesetzte Auffassung zu verwerthen. Den Ausführungen auf Seite 5 bis 8 des Erk. kann daher irgend eine Bedeutung für die Beantwortung unserer Frage nicht zuerkannt werden.

2) Nach H.G.B. Art. 823 (Allg. See-V.-Bed. § 66) hat der Versicherte für die Rettung der versicherten Sachen thunlichst zu sorgen, und nach Art. 838 Z. 3 (Allg. Bed. § 84 Z. 3) hat der Assekuradeur die durch diese Rettungsmaßregeln verursachten Kosten selbst dann zu ersetzen, wenn die Maßregeln ohne Erfolg geblieben sind.

a) Das Reichsgericht ist nun der Ansicht, daß diese Bestimmungen auf eine vom Versicherten unternommene Bergung oder Hülfsleistung überhaupt nicht anzuwenden seien; aber die hierfür beigebrachten Argumente sind keineswegs überzeugend.

α) Das Reichsgericht meint (S. 13), diese ganze Rettungspflicht sei nur eine „positive" Vorschrift, sie folge nicht aus dem „Wesen" des Versicherungsvertrags. Was diese Redewendung besagen und beweisen soll, ist nicht klar; vgl. übrigens auch Ehrenberg, Versicherungsrecht, I S. 437.

β) Das Reichsgericht meint ferner (S. 14), eine Zerlegung des Berge- oder Hülfslohnes in eine Vergütung für die wirklich entstandenen Kosten und eine Belohnung für Arbeit und Risiko sei willkürlich und unzulässig. Aber nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen findet eben, soweit das versicherte Kasko und ein Anspruch des Rheders in Frage kommt, überhaupt keine Zahlung von Hülfslohn statt: an die Stelle des auf dieses Casko dispachirten Antheils an dem Hülfslohn treten — soweit dieser Hülfslohn dem Rheder zu Gute kommen soll — die ihm wirklich erwachsenen Rettungskosten. Die Schwierigkeiten einer solchen Berechnung sind nicht unüberwindlich, und wenn es wünschenswerth wäre, sie zu vermeiden, so mag man hieraus de lege ferenda abermals ein Argument für die vom Reichsgericht vertretenen Ansicht herleiten, aber de lege lata kann es nicht ins Gewicht fallen.

γ) Das Reichsgericht argumentirt endlich (S. 15), die „Rettungspflicht" (Art. 823) nöthige den Versicherten niemals zur Vornahme einer gewagten, sein Vermögen gefährdenden Bergung oder Hülfsleistung — und das ist richtig, vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht I, S. 437 —, und der Capitain des zur Rettung fähigen Schiffes werde deshalb zur Bergung und Hülfsleistung verständiger Weise nur dann schreiten, wenn er Aussicht habe, seinem Rheder einen Anspruch auf Berge- oder Hülfslohn zu erwerben. Nur unter dieser Voraussetzung sei eine Bergung oder Hülfsleistung verständlich, nur in diesem Sinne werde sie unternommen, sie bilde daher stets ein selbständiges Geschäft, welches mit der „Rettungspflicht" nichts zu thun habe (S. 16). Diese Auffassung werde noch verstärkt durch den Umstand, daß die Rettungskosten — abweichend vom Berge- und Hülfslohn —

selbst dann zu ersetzen seien, wenn die ergriffenen Maßregeln keinen Erfolg gehabt hätten (S. 15).

Hiergegen ist Folgendes zu sagen:

Einmal sind diese ganzen Erwägungen nur zutreffend, wenn das nothleidende Schiff *seinem vollen Werthe nach* versichert war, wenn der Rheder selbst also an der Rettung überhaupt nicht interessirt ist, sodann aber sind sie völlig bedeutungslos in Bezug auf die nothleidende *Ladung*, für deren Rettung der Rheder ja allemal einen Anspruch auf Hülfs- oder Bergelohn erhält, und dadurch allein wird sich die erfolgreiche Bergung oder Hülfsleistung in der Regel schon gut bezahlt machen. Und was das zuletzt angeführte Argument — Ersatzpflicht für die wirklich aufgewendeten Unkosten selbst im Falle des Mißlingens — anbetrifft, so möchte man ihm gerade den umgekehrten Schluß entnehmen, daß nämlich für den Versicherten jeder Anspruch auf Ersatz des Hülfslohns ausdrücklich ausgeschlossen sein soll und daß er zur Vornahme der Rettungsmaßregeln veranlaßt werden soll selbst dann, wenn er wegen Zweifelhaftigkeit des Erfolges sonst eine Hülfsleistung nicht riskirt haben würde.

Indessen alle solche Erwägungen pro und contra haben etwas sehr Mißliches. Auch hier kann ich nur wiederholen: die vom Reichsgericht vorgebrachten Gründe sind de lege ferenda wohl zu beachten, sie können den Gesetzgeber und die Assekuranzgesellschaften bestimmen, das Handelsgesetzbuch und die „Bedingungen" im Sinne des reichsgerichtlichen Erkenntnisses abzuändern, aber für die Auslegung des geltenden Rechts sind sie nicht entscheidend.

b) Denn alle diese Argumente scheitern völlig an dem klaren Wortlaute des Art. 823 (Allg. See-V.-Bed. § 66):

> Der Versicherte ist verpflichtet, wenn ein Unfall sich zuträgt, ... für die Rettung der versicherten Sachen ... thunlichst zu sorgen.

Wie wäre es denkbar, daß bei den Worten „wenn ein Unfall sich zuträgt" gerade diejenigen Unfälle ausgeschlossen sein sollten, bei deren Eintritt eine Hülfsleistung in Seenoth erforderlich wird, also die wichtigsten und häufigsten von allen, und wie wäre es denkbar, daß sie stillschweigend ausgeschlossen sein sollten, daß nicht ausdrücklich ein Hinweis auf diese Ausnahme gemacht worden wäre! Wie häufig kann es auch geschehen, daß eine Bergung oder Hülfsleistung ohne jede Gefahr und selbst mit geringen Unkosten (die der Assekuradeur vielleicht sogar vorschießt) durch ein anderes anwesendes Schiff des Versicherten und nur durch dieses vorgenommen werden kann: soll der Versicherte sich dann weigern dürfen, weil die Rettungspflicht des Art. 823 überhaupt niemals die Pflicht zu einer Bergung oder Hülfsleistung mitumfasse?

Das ist völlig undenkbar. Zweifelhaft kann an sich nur sein, ob für den Fall einer Hülfsleistung in Seenoth der Versicherte einen Anspruch auf Hülfslohn oder nur auf die entstandenen Rettungskosten hat, und diese Frage ist durch Art. 838 Z. 3 (Allg. Bed. § 84 Z. 3) in letzterem Sinne entschieden worden; denn da die Rettungskosten selbst für den Fall des Mißlingens vom Assekuradeur zu ersetzen sind, so ist allemal dann, „wenn ein Unfall sich zuträgt", die Zahlung eines Hülfslohns implicite ausgeschlossen, eben weil die Rettungsthätigkeit des Versicherten vom Handelsgesetzbuch und den Allgemeinen Bedingungen als eine Pflicht des Versicherten aufgefaßt wird. Hat er eine Rettungsmaßregel unterlassen, so kann es sich nur darum handeln, ob er dadurch diese Pflicht nach Art. 823 verletzt hat oder nicht; hat er aber eine Rettungsmaßregel vorgenommen (einerlei, ob er dazu verpflichtet war oder nicht), so ist sie allemal nach Art. 823 und Art. 838 Z. 3 zu beurtheilen, mag sie sich als „Hülfsleistung in Seenoth" darstellen oder nicht.

III. Wir gelangen also zu dem Resultate, daß die Entscheidung des Reichsgerichts nach positivem Assekuranzrechte unrichtig ist, während die seerechtliche Grundlage des Erkenntnisses sich als durchaus zutreffend erwies.

Das Reichsgericht hat aber durch seine unrichtige Entscheidung zugleich eine glückliche Einsicht in das legislativ Zweckmäßige, ja Nothwendige bewiesen. Es wäre — und gerade im Interesse der Assekuranzgesellschaften — zu wünschen, daß unser Seeversicherungsrecht sich hier dem eigentlichen Seerecht konform gestalte, daß also der Versicherer ein für allemal verpflichtet würde, Hülfs- und Bergelohn auch dann zu ersetzen, wenn der Versicherte (z. B. auch der Eigenthümer der geretteten Ladung) zugleich Eigenthümer des rettenden Schiffes ist.

---

## Begriff des Seeschiffs.

In einem Urtheil des I. Civilsenats vom 6. Dezember 1893 (Entscheid., Bd. 32 Nr. 28 S. 104—110) hat das Reichsgericht entschieden, daß auch Fischfang ein „Erwerb durch die Seefahrt" im Sinne des Art. 450 des H.G.B. ist, und daß die Grundsätze des Seerechts also auch auf Fischereifahrzeuge anzuwenden sind. Diese Ansicht war bis in die achtziger Jahre ganz unbestritten, dann hat Schröder sie lebhaft bekämpft, und Gareis und Fuchsberger schlossen sich ihm an. Die Gründe des Reichsgerichts scheinen mir völlig überzeugend, ich möchte sie aber noch durch einige weitere Argumente verstärken. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß die gefangenen Fische nach ihrer Unterbringung im Schiffsraum sich als Ladung im Rechtssinn qualifiziren, daß die Grundsätze über Pfandrecht, Haverei,

Verkaufsrecht des Schiffers u. ſ. f. auf ſie gerade ſo Anwendung finden, wie auf verſtaute Waaren: das Alles aber würde unrichtig ſein, wenn Fiſchdampfer nicht als Seeſchiffe im Sinne des Handelsgeſetzbuchs gälten! Welch unerträgliche Lücken würde alsdann unſer Geſetzbuch enthalten!

Und wie, wenn Jemand ein Schiff chartert unter dem Vorbehalt, es entweder zum Frachtbetriebe (etwa zum Fiſchtransport) oder bei der Hochſeefiſcherei ſelber zu verwenden? Iſt es denkbar, daß ſein Verhältniß zum Rheder in dem erſten Fall anders als in dem zweiten beurtheilt, dort dem Seerecht unterſtellt werden ſoll, hier nicht? Und wenn er das Schiff auf 5 Jahre gecharterl hat und Jahr für Jahr abwechſelnd bald Hochſeefiſcherei, bald Heringstransport damit betreibt: ſoll der Charterertrag in dem einen Jahre nach Seerecht beurtheilt werden, in dem anderen nicht?

Kurz, wo wir auch die Frage auf ihre praktiſchen Konſequenzen hin prüfen, gelangen wir zu dem Reſultat, daß die vom Reichsgericht acceptirte Anſicht allein haltbar iſt.

---

## 5. Die wechſelrechtlichen Erkenntniſſe des Reichsgerichts in Band 18—33 der „Entſcheidungen".

Beſprochen von Profeſſor Dr **H. O. Lehmann** in Marburg.

### Vorbemerkung.

Die nachſtehenden Erörterungen betreffen Reichsgerichts-Entſcheidungen nicht nur aus den letzten Jahren. Veranlaſſung, bis auf Bd. 18 der „Entſcheidungen" zurückzugreifen, gab mir der Umſtand, daß ich die wechſelrechtlichen Erkenntniſſe aus Bd. 1—13 in meinem Lehrbuche des Wechſelrechts,

diejenigen aus Bd. 14 und 15 in Bd. 33 der Goldſchmidt-ſchen Zeitſchrift für Handelsrecht beſprochen habe. Da Bd. 16 und 17 wechſelrechtliche Urtheile nicht bieten, ſo knüpfen die folgenden Ausführungen unmittelbar an jene früheren Erörterungen an.

Rechtsſätze, die mir richtig erſcheinen, habe ich entweder einfach citirt oder kurz meine Uebereinſtimmung ausgeſprochen. Nur einmal iſt auch einem als richtig anerkannten Satze eine längere Erörterung gewidmet: in einem Falle (Nr. 4), wo ich das Abgehen von meiner früheren Anſicht zu motiviren, zugleich aber auch den der Reichsgerichtsentſcheidung zur Grundlage dienenden Rechtsſatz in etwas zu modifiziren hatte.

## Weſen des Wechſels.

### 1.

Die Eigenthumstheorie, der zufolge das Weſen eines Werthpapiers darin beſteht, daß das Forderungsrecht aus dem Papier juriſtiſch als Acceſſorium zum Eigenthum am Papier erſcheint, der legitimirte Eigenthümer alſo auf Grund ſeines Eigenthums zugleich Gläubiger aus dem Papier iſt, kann heute wohl als allgemein anerkannt bezeichnet werden.

Geradezu umgedreht wird dieſe Anſicht in einer nicht ſpeziell Wechſel, aber die in gleicher Weiſe zu beurtheilenden Inhaberpapiere betreffenden Ausführung des III. Civilſenates vom 17. Februar 1894, Bd. 33 S. 108, wo wörtlich geſagt wird:

> „Bei Schuldurkunden, welche auf den Inhaber lauten, bildet das Papier als ſolches keinen ſelbſtändigen Gegenſtand des Eigenthums. Es iſt nur um der Forderung willen vorhanden, und der Gläubiger, welchem die in dem Papiere verkörperte Forderung zuſteht, iſt daher in

der Regel rechtlich auch als der Eigenthümer des Papieres anzusehen."

Diese Ausführung verwechselt die juristische und die wirthschaftliche Funktion des Werthpapiers. Wirthschaftlich ist zweifellos die Forderung das Prinzipale, das Eigenthum am Papier das Nebensächliche. Aber juristisch liegt die Sache gerade umgekehrt. Die ganze Bedeutung der Werthpapiere für das wirthschaftliche Leben beruht darauf, daß in ihnen die Forderung „verkörpert", d. h. so mit dem Eigenthum am Papier verknüpft ist, daß sie der Vortheile des sachenrechtlichen Verkehrs theilhaftig wird, durch körperliche Uebergabe des Papiers übertragen wird.

Dies Rechtsverhältniß hat in Art. 307 des H.G.B. klar genug Ausdruck gefunden: Bei Papieren auf den Inhaber wird Eigenthum erworben durch Uebergabe — nicht, wie man nach der citirten Reichsgerichtsentscheidung annehmen müßte, durch Cession der Forderung.

Auch hat in einer gerade um die Wirkungen einer Wechselcession sich drehende Streitsache der I. Civilsenat im Urtheil vom 26. April 1890, Bd. 26 S. 99, nicht die geringste Hindeutung darauf gemacht, daß auch er als Wirkung der Cession Uebergang des Eigenthums am Papier betrachte [1]).

## Inhalt der Wechselurkunde.

2.

Eine an sich inkorrekte Bezeichnung der Geldsorte („Rubel polnisch" für russische Rubel) macht den Wechsel nicht ungültig, wenn sie (am Wohnsitz des Ausstellers, der im vorliegenden Falle zugleich Ausstellungs- und Zahlungsort war) üblich und daher unzweideutig ist.

I. Civilsenat, 15. Mai 1889, Bd. 23 S. 111.

1) Vgl. zu obigem Erkenntniß die Besprechung oben S. 384 ff.

3.

Unrichtige, d. h. der Wahrheit nicht entſprechende, Datirung beeinträchtigt die rechtliche Gültigkeit des Wechſels nicht. III. Civilſenat, 5. November 1889, Bd. 24 S. 116.

4.

Die Ungültigkeit eines Wechſels mit mehreren Zahlungsorten hat der I. Civilſenat unter dem 1. März 1890, Bd. 25 S. 56 ff., in Uebereinſtimmung mit der herrſchenden Anſicht ausgeſprochen.

Die gegentheilige Anſicht, die ich in meinem Lehrbuche des Wechſelrechts vertheidigt habe, beruht nach der Meinung des I. Civilſenates auf „nicht ſtichhaltigen Gründen, welche der als Korrelat der Wechſelſtrenge und dem Weſen der formalen Skripturverpflichtung entſprechenden einfachen Beſtimmtheit der weſentlichen Vorausſetzungen der Wechſelobligation nicht gerecht werden."

Daß dieſe Argumentation keine Beweisführung iſt, liegt auf der Hand. Sie iſt offenbar auch nicht als ſolche gemeint. Denn ſie enthält eigentlich nichts anderes, als eine abweichende Formulirung des vom Reichsgericht aufgeſtellten Satzes. Streitig iſt eben, ob die Eigenthümlichkeit der Rechtsfolgen von Skripturobligationen, ſpeziell Wechſeln, als nothwendiges Korrelat eine Einfachheit des Inhalts bedingt, welche jede Alternative in der Feſtſetzung ausſchließt.

Darüber, daß für den Handelsverkehr nur ſolch einfach formulirte Werthpapiere brauchbar ſind, beſteht natürlich kein Zweifel. Würden Werthpapiere nur im Handelsverkehr vorkommen, ſo bedürfte es wahrſcheinlich einer Erörterung dieſer Frage überhaupt nicht: denn unter Kaufleuten werden

Wechsel u. dgl. mit alternativen oder sonst mehrfachen Orts- u. dgl. Angaben kaum vorkommen. Aber Werthpapiere und Wechsel sind heutzutage Institute des rein privaten Rechtsverkehres geworden; und man darf deswegen nicht aus den Bedürfnissen des Handelsverkehres schlechthin sie ins Auge fassen. Im Privatverkehr kommen die wunderlichst formulirten Wechsel vor. Es fragt sich: wie weit sind sie gültig?

Ich bin in meinem Lehrbuch von dem Grundsatz ausgegangen, daß es im Interesse des Verkehrs läge, thunlichst für Gültigkeit der Wechsel — wie aller Rechtsgeschäfte — die Entscheidung zu treffen; Ungültigkeit also nur dann anzunehmen, wenn es unbedingt nöthig erscheint. Diesen Grundsatz betrachte ich auch jetzt als maßgebend.

Die zu untersuchende Frage ist danach:

Wie weit erfordern die Normen des Wechselrechts oder das Wesen des Wechsels, resp. der Werthpapiere, Einheitlichkeit in den Angaben der einzelnen Erfordernisse?

Die Frage läßt sich nicht einseitig für ein einziges Erforderniß, wie etwa den Zahlungsort, beantworten. Eine zutreffende Antwort läßt sich nur bei Berücksichtigung aller Erfordernisse geben. Sie muß sich stützen nicht auf einen als allgemeingültig aufgestelltem Grundsatz, der schon an sich eine petitio principii enthält, sondern nur auf eine spezielle Untersuchung der Anhaltspunkte, welche die gesetzlichen Bestimmungen der Wechselordnung rücksichtlich der einzelnen Erfordernisse des Wechselinhalts ergeben.

Ich will versuchen, die Frage dementsprechend hier zu erörtern, so weit das innerhalb des Rahmens dieser Ausführungen thunlich ist, und bemerke dabei im Voraus, daß ich die in meinem Lehrbuch entwickelte Ansicht nicht aufrecht erhalten kann.

Daß die Angabe der Wechselsumme und die Zahlungszeit

nur eine einheitliche ſein darf, ergiebt ſich ohne Weiteres aus W.O. 4 Z. 4: in Frage kommen alſo nur die Ortsangaben, die Ausſtellungszeit und die Perſonenangaben.

An ſich möglich erſcheint dabei, daß das Reſultat für die verſchiedenen Erforderniſſe des Wechſels verſchieden ausfällt. Für ausgeſchloſſen halte ich es dagegen, daß für ein und dasſelbe Erforderniß die Antwort bei verſchiedenen Arten der Wechſel verſchieden gegeben wird. Für eine ſolche Unterſcheidung bietet die Wechſelordnung keinerlei Anhalt. Ergiebt ſich alſo, daß unter irgend welchen Vorausſetzungen eine Mehrfachheit in der Angabe eines beſtimmten Erforderniſſes unzuläſſig ſein muß, ſo folgt daraus unmittelbar, daß dieſes Erforderniß in jedem Wechſel nur einheitlich beſtimmt ſein darf.

Der Reichsgerichtsentſcheidung liegt ein Fall zu Grunde, der ſehr inſtruktiv iſt: ein eigener Wechſel, der zahlbar beim Ausſteller oder einem Domiziliaten lautet.

Kann ein ſolcher alternativer Domiziliatenwechſel als gültig anerkannt werden? Der Domiziliatenwechſel bedarf der rechtzeitigen Proteſterhebung zur Erhaltung der Wechſelanſprüche, gegen den Acceptanten (und den Ausſteller des eigenen Wechſels), jeder andere Wechſel nicht (W.O. 43, 99). Die W.O. betrachtet offenbar den Domiziliatenwechſel als eine beſondere, von anderen Wechſeln ſcharf unterſchiedene Wechſelart. Der alternative Domiziliatenwechſel erſcheint mit ihren Vorſchriften unvereinbar.

Bei der Tratte hat nicht nur die Domiziliatenbenennung, ſondern auch die Domizilirung an ſich eine beſondere Rechtsfolge: die Zuläſſigkeit der Auferlegung der Präſentation zum Accepte (W.O. 24). Hier iſt alſo jeder Domizilwechſel mit beſonderen Rechtsfolgen ausgerüſtet, in ſeinen Folgen ſpezifiſch verſchieden von jedem anderen Wechſel, ein juriſtiſches genus für ſich; ſonach ein Mittelding zwiſchen Domizilwechſel

und Nichtdomizilwechsel, ein alternativer Domizilwechsel ausgeschlossen.

Sind alternative Domizilwechsel unzulässig, so müssen auch Wechsel mit mehreren Trassaten, die verschiedene Wohnorte haben, unzulässig sein. Denn solche Wechsel würden durch Domizilirung auf einen dieser Wohnorte zu alternativen Domizilwechseln werden: der Domiziliat würde gegenüber dem nicht am Orte wohnenden Trassaten als wahrer Domiziliat, gegenüber dem am Orte wohnenden als bloße Zahlstelle erscheinen.

Weiter sind domizilirte Wechsel mit einer Mehrheit von Trassaten unzulässig: denn es könnte einer der Trassaten den Wechsel bei sich selbst, der andere bei einem Domiziliaten zahlbar machen, dadurch der Wechsel ein alternativer Domiziliatenwechsel werden.

Ist nun eine Mehrheit von Trassaten bei Domizilwechseln unzulässig, so ist sie entsprechend der vorangeschickten Bemerkung überhaupt unzulässig.

Die Unzulässigkeit alternativ-domizilirter Wechsel führt ferner auch zur Unzulässigkeit mehrerer Ausstellungsorte. Denn ein eigener Wechsel, welcher an einem der Ausstellungsorte bei einem Dritten zahlbar lautet, wäre für den einen Ausstellungsort ein Domiziliaten-, für den anderen ein Zahlstellenwechsel.

Was die Zeit der Ausstellung betrifft, so läßt sich die Gültigkeit von Datowechseln mit mehrfachem Dato nicht aufrecht halten, da der Wechsel nur einen Zahlungstag haben kann. Das führt nothwendig zur Unzulässigkeit mehrfacher Ausstellungsdaten.

Auch Wechseln mit mehrfachen Zahlungsorten stehen unüberwindliche Bedenken entgegen. Sind die Orte innerhalb der Geltungsgebiete verschiedener Wechselordnungen

gelegen, ſo würde ein und derſelbe Wechſel verſchiedenen Rechten unterſtehen müſſen. Man denke nur an einen ein Zinsverſprechen enthaltenden Wechſel, der in Linz und Paſſau zahlbar lautet. Wie ſollte die Regreßfriſt für den letzten Indoſſatar berechnet werden, wenn der Wechſel „zahlbar Neapel oder Cairo" ausgeſtellt iſt und an beiden Orten ein Duplikat zum Proteſt gebracht wird: ſollen hier zwei Regreßfriſten für denſelben Wechſel beſtehen? Die Vorſchrift des Art. 6 Abſ. 2 ſetzt endlich ſchlechthin Einheitlichkeit des Zahlungsortes voraus. Sie kennt nur traſſirt-eigene Wechſel, die am Ausſtellungsort zahlbar lauten und deshalb ungültig ſind, und traſſirt-eigene Wechſel, die an einem anderen Orte zahlbar und deshalb gültig ſind. Sie kennt nicht traſſirt-eigene Wechſel, die zugleich am Ausſtellungsort und an einem anderen Orte zahlbar ſind.

Nach alledem komme ich — im Gegenſatz zu der Darſtellung meines Lehrbuches — zu dem Ergebniß, daß — mit dem Reichsgericht und der herrſchenden Meinung — wie die Wechſelſumme und die Zahlungszeit, ſo auch Zahlungsort, Ausſtellungsort und Ausſtellungszeit nur einheitlich feſtgeſtellt werden dürfen, auch als Traſſat, als Domiziliat und dementſprechend gleichfalls als Zahlſtelle ſtets nur eine Perſon oder Firma angegeben ſein darf.

Aber es lag mir daran, dies Ergebniß nicht als Folge eines allgemein formulirten, unbewieſenen Grundſatzes hinzuſtellen, ſondern es im Einzelnen aus der Wechſelordnung nachzuweiſen.

Und zwar das um ſo mehr, als ich Mehrheit von Ausſtellern und von Remittenten nach wie vor für zuläſſig halte.

In Bezug auf die Ausſteller läßt die W.O. ſelbſt im Art. 81 eine Mehrheit von Mitunterzeichnern zu, und ich ſehe

keinen Grund, der eine Mehrheit von Remittenten auszuschließen zwingt.

So ergiebt sich das Resultat: Unzulässig ist eine mehrfache Angabe in Bezug auf die für den objektiven Inhalt der Wechselverpflichtung maßgebenden Erfordernisse. Als solche sind anzusehen: die Wechselsumme, Zahlungsort und Zahlungszeit, die zur Zahlung berufenen Personen (Trassat, Domiziliat, Zahlstelle), Ausstellungsort und Ausstellungszeit. Zulässig ist eine Mehrheit von Ausstellern und von Remittenten.

5.

Der I. Civilsenat hat unter dem 28. Mai 1887, Bd. 19 S. 93, einen Wechsel für nichtig erklärt, aus dem die Identität des Trassaten und des Remittenten sich ergiebt.

In der im Wesentlichen gegen die Ausführungen in meinem Lehrbuch gerichteten Motivirung behauptet der Gerichtshof, es könne „nach der Sprache des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß unter dem Aussteller, Bezogenen und Remittenten verschiedene Personen zu verstehen sind, wozu auch schon die Form der Tratte als eines Zahlungsauftrags, verbunden mit einem Garantieversprechen, führt". „Die Bestimmung des Art. 6, daß der Aussteller sich selbst als Remittenten und (bei Distanzwechseln) auch als Bezogenen bezeichnen kann", soll diese Auffassung bestätigen, da sie als „ausnahmsweise Erweiterung aufzufassen" ist.

Ich halte diese Entscheidung weder für richtig, noch für zweckmäßig. Die ganze Rechtsentwickelung drängt zu dem Satz, daß bei Rechtsverhältnissen aus Werthpapieren, mindestens aus abstrakten, von dem Schuldgrund losgelösten Werthpapieren die Personenidentität für die formelle Gültigkeit des Papiers gleichgültig ist. Man denke nur an den Grund-

ſchuldbrief. Weshalb denn hier dieſer Entwickelung Hinderniſſe in den Weg legen, die der Wortlaut der Wechſelordnung nicht bietet, und die man nicht ohne Mühe aus derſelben heraus- oder in dieſelbe hineinzuinterpretiren ſucht.

Sehen wir die Argumente des Reichsgerichts einzeln an.

1) „Die Sprache des Geſetzes". Sie lautet: „Erforderniſſe eines gezogenen Wechſels ſind: der Name der Perſon oder die Firma, an welche oder an deren Order gezahlt werden ſoll (des Remittenten); . . . der Name oder die Firma, welche die Zahlung leiſten ſoll (des Bezogenen oder Traſſaten)." Was ſpricht hier gegen die Zulaſſung der Identität beider? Das Geſetz bezeichnet den Remittenten nicht einmal ſchlechthin als „die Perſon, an welche", ſondern als „die Perſon, an welche oder an deren Order gezahlt werden ſoll", geht alſo in der Definition davon aus, daß der Traſſat möglicher Weiſe von vornherein dem Wortlaut nach angewieſen wird, einem Anderen als dem Remittenten zu zahlen!

2) „Die Form des Zahlungsauftrags, verbunden mit dem Garantieverſprechen." Wenn dieſe Form und dieſes Garantieverſprechen die Gültigkeit von traſſirt-eigenen und von Wechſeln an eigene Order nicht hindern, warum ſollen ſie Wechſel mit Identität des Remittenten und des Traſſaten unmöglich machen?

3) Artikel 6 ſoll „ausnahmsweiſe Erweiterung" ſein. Dafür ſpricht, wie ich anerkenne, die Formulirung ſeines zweiten Abſatzes. Doch darf man meines Erachtens auf dieſe Formulirung kein entſcheidendes Gewicht legen. Materiell ſagt dieſer zweite Abſatz: „Traſſirt-eigene Wechſel müſſen Diſtanzwechſel ſein." Er iſt eine dem Abſterben verfallene Reminiscenz aus der Zeit der Beugung des Wechſelrechts unter die päpſtlichen Zinsverbote, die im Widerſpruch mit der ganzen Tendenz der modernen Entwickelung der Werthpapiere ſteht und als veraltetes Ueberbleibſel einer vergangenen Epoche ſo wenig

wie möglich geeignet ist, als Material für die Schmiedung neuer Fesseln des Wechselverkehrs mittels „Analogie" aus einer für ihn gewählten besonderen Formulirung zu dienen.

Dann noch ein Einwand gegen die Reichsgerichtsentscheidung. Beweisen nicht alle Gründe, welche für die Nothwendigkeit einer Verschiedenheit von Trassat und Remittent aufgeführt sind, mindestens ebenso schlagend die Nothwendigkeit einer Verschiedenheit von Aussteller und Domiziliat, sowie von Domiziliat und Remittent? Will das Gericht auch diese fordern?

6.

„Zahlbar auf dem Kontor der Vereinsbank in C." ist nur Domizilirung, nicht Domiziliatenangabe. So als allgemein gültig entschieden in einem Falle, in dem ein eigener Wechsel auf dem Kontor des Remittenten zahlbar lautete.

III. Civilsenat, 25. Sept. 1891, Bd. 28 S. 101 ff.

7.

Durch Urtheil des I. Civilsenates vom 28. März 1888, Bd. 20 S. 182 ff., wird die Ungültigkeit eines Wechsels ausgesprochen, in welchem die Ausstellerin die Wechselsumme „bei Sicht innerhalb fünf Jahren" zu zahlen versprochen und den Schlußsatz beigefügt hat: „wir leisten zur Verfallzeit ohne vorgängige Präsentation im Geschäftslokale des .... [klagenden] Vereines Zahlung".

Die Entscheidungsgründe erkennen an, daß der Wechsel durchaus gültig sein würde, „wenn nicht der Schlußsatz die mit den Eingangsworten: „bei Sicht innerhalb fünf Jahren zahlen wir" in Widerspruch stehenden Worte: „wir leisten zur Verfallzeit ohne vorgängige Präsentation ... Zah-

lung" enthielte". Aber in Folge dieſes Zuſatzes ſoll der Wechſel „der erforderlichen Beſtimmtheit der Zahlungszeit entbehren".

Das Reichsgericht führt eine ganze Reihe denkbarer Interpretationen des Schlußſatzes der Wechſelurkunde an, verwirft ſie ſämmtlich als unmöglich und kommt zu der Auslegung: der Wechſel ſoll als Sichtwechſel bei der Präſentation, nach ſeinem Schlußſatz aber ohne Präſentation gezahlt werden — das iſt ein unlöslicher Widerſpruch, alſo iſt der Wechſel nichtig.

Halten wir zunächſt einmal dieſe Interpretation des Schlußſatzes feſt. Würde die Entſcheidung des Reichsgerichts von dieſem Standpunkt aus wirklich richtig ſein?

Iſt ein Sichtwechſel nichtig, der am Schluß den Zuſatz enthält: „ich leiſte zur Verfallzeit Zahlung ohne Präſentation"? Der Berufungsrichter hat augenſcheinlich ebenſo interpretirt, wie das Reichsgericht, und dennoch den Wechſel für gültig erachtet, indem er den Schlußſatz als nicht geſchrieben — richtiger wohl: als unerheblich — betrachtete. Und dieſe Entſcheidung erſcheint für einen Zuſatz wie den: „leiſte zur Verfallzeit Zahlung ohne Präſentation" durchaus beachtenswerth.

Das Reichsgericht ſtellt ſich offenbar auf den Standpunkt daß *jeder* aus der Urkunde nicht mit Sicherheit zu hebende Zweifel über den Inhalt eines Wechſels in Bezug auf eines der weſentlichen Erforderniſſe den Wechſel nichtig mache, ein Standpunkt, den auch das Reichsoberhandelsgericht getheilt und in dem Erkenntniß vom 17. Okt. 1876, Bd. 21 S. 170, dahin ausgeſprochen hat: „Alle aus poſitiven geſetzlichen Beſtimmungen oder aus der Natur des Wechſels ſich ergebenden Erforderniſſe der Wechſelverpflichtung müſſen für Jedermann erkennbar aus der Wechſelurkunde mit Sicherheit hervorgehen, und ſchon ein in dieſer Beziehung obwaltender und nicht aus

der Wechselurkunde selbst zu erledigender Zweifel schließt die Gültigkeit des Wechsels aus."

Gestützt wird diese Ansicht regelmäßig auf die „formelle Natur" des Wechsels. Aber dies Argument beweist schlechterdings nicht. Daß ein Papier „formeller Natur" sei, besagt nur, daß es gewisse Formerfordernisse besitze — nichts weiter. Der Wechsel ist gültig, wenn er die Formalien enthält, er ist ungültig, wenn er sie nicht enthält: daß aber die nothwendigen Bestandtheile einer Wechselurkunde jede Möglichkeit einer verschiedenen Deutung absolut ausschließen müssen — das ergiebt sich weder aus der „formellen Natur" des Wechsels, noch aus irgend einer sonstigen Eigenschaft desselben, noch aus einem bestehenden Rechtssatz. Auch die Behauptung ist unrichtig, daß das Wechselrecht so außerhalb der sonstigen Privatrechtsordnung stände, daß deren Normen auf Wechsel schlechthin keine Anwendung finden könnten: das Wechselrecht ist ein Theil des Privatrechts so gut wie z. B. das Recht der Lagerscheine; folglich finden auch die civilrechtlichen Interpretationsregeln auf Wechsel durchaus Anwendung, wenn sie nicht durch die Gesetzgebung ausgeschlossen sind — und die Wechselordnung schließt sie nicht aus.

Nach diesen Regeln aber ist im Zweifel zu Gunsten der Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäftes zu interpretiren, und daraus ergiebt sich der Satz:

Der Gültigkeit eines Wechsels schadet es nicht, daß er auch eine Interpretation zuläßt, bei welcher er ungültig sein würde: er muß nur daneben eine Interpretation ermöglichen, bei der er gültig bestehen kann.

Ein Wechsel nun, der „bei Sicht innerhalb fünf Jahren" zahlbar lautet mit der Schlußklausel, daß „zur Verfallzeit ohne Präsentation" Zahlung versprochen wird, läßt sich nun doch

gewiß ohne Zwang dahin auslegen, daß der des Wechſelverkehrs wenig kundige Ausſteller — denn ein Kundiger würde einen Wechſel ſo überhaupt nicht formuliren — unter „Verfallzeit" den „Ablauf der Präſentationsfriſt" gemeint: eine Verwechslung, die, wenn man Art. 31 und 32 der Wechſelordnung im Zuſammenhang lieſt, ſogar ziemlich nahe liegt.

Es würde danach der in Rede ſtehende Wechſel ſelbſt dann gültig ſein, wenn der Schlußſatz die Zahlung „zur Verfallzeit ohne Präſentation" zuſagte.

Nun lautet aber der Schlußſatz: „wir leiſten zur Verfallzeit ohne vorgängige Präſentation . . . Zahlung".

Dieſes Wort „vorgängig" ergiebt, wenn man nur etwas an die Geſchichte des Wechſels denkt, für den Schlußſatz einen ſo unzweifelhaften Sinn, daß nicht wohl behauptet werden kann, es werde „die Zahlungszeit durch die Worte im Schlußſatze unſicher".

Es gab eine Zeit, wo die Zahlung der Wechſelſumme überhaupt nicht bei der Präſentation, ſondern erſt einige Tage nachher gefordert werden konnte. Das war die Zeit, in welcher die Wechſelordnungen Reſpekttage anerkannten. Zu jener Zeit hatte die Klauſel „ich leiſte Zahlung ohne vorgängige Präſentation" eine ſehr große Bedeutung: ſie enthielt den Verzicht auf die Reſpekttage. Heute ſind die Reſpekttage geſetzlich beſeitigt: iſt das aber ein Grund, einen Wechſel für nichtig zu erklären, weil er den vertragsmäßigen Verzicht auf die Reſpekttage enthält? Doch gewiß nicht! Auch das Reichsgericht würde wohl nicht die Ungültigkeit des Wechſels ausgeſprochen haben, wenn es zu den vielen von ihm in Betracht gezogenen und als unmöglich verworfenen Interpretationsarten der Worte „ohne vorgängige Präſentation" auch die aus der Geſchichte des Wechſelrechts ſich ergebende in den Kreis ſeiner Betrachtungen gezogen hätte.

Der Schlußsatz der Entscheidungsgründe in dem eben besprochenen Urtheil lautet:

„Wenn ein gedrucktes Formular zu einem Wechsel verwendet wird, so hat das gedruckte Wort nicht geringere Bedeutung, wie das geschriebene."

Dieser Satz ist eine Konsequenz der bereits im Vorstehenden charakterisirten und besprochenen Auffassung, daß der Wechsel anderen Interpretationsregeln untersteht, als andere Urkunden.

Wer diese Auffassung für unrichtig hält, wird auch jene Konsequenz nicht zugeben. Ich würde beispielsweise nicht anstehen, einen Wechsel, in dem ein Ausstellungsort geschrieben ist, der vorgedruckte aber undurchstrichen blieb, als von dem geschriebenen Orte aus datirt zu interpretiren. Das Reichsgericht würde, da eine Mehrheit von Ausstellungsorten Nichtigkeitsgrund ist[1]), einen solchen Wechsel für ungültig erklären müssen.

8.

Unnöthige Vordrucke auf Formularen haben schon manches Unheil angerichtet. Das gilt speziell auch von dem Vordruck „als Bürge" unter Wechselformularen.

Das Reichsgericht hat schon früher (Entsch., Bd. 10 S. 1) einen Wechsel für nichtig erklärt, bei dem unter den beiden allein vorhandenen Unterschriften der Vordruck „als Bürge" stand; es hat neuerdings (I. Civilsenat, 9. Nov. 1892, Bd. 30 S. 25) in einem ähnlichen Falle — gleichfalls zwei Unterschriften über dem Vordruck „als Bürge" — die Gültigkeit des Wechsels dadurch gerettet, daß es in der auf dem Wechsel

1) Vgl. RG., 21. Mai 1884, Bd. 11 S. 165 ff. und oben Nr. 4.

ferner ſich findenden, von dem Ehemann der einen Unterzeichnerin herrührenden Unterſchrift der Erklärung: „die Wechſelverpflichtung meiner Ehefrau genehmige ich und verpflichte mich gleichzeitig als Selbſtſchuldner" — die Unterſchrift des Ausſtellers erblickte.

Darüber, daß von den Parteien dieſe Unterſchrift des Ehemannes nur als Mitunterſchrift und die erſte der beiden anderen Unterſchriften als Ausſtellerunterſchrift gemeint iſt, kann wohl kein Zweifel beſtehen. Die Interpretation des Reichsgerichts thut dieſer Sachlage Gewalt an. Der Ehemann hat nur als „Mitunterzeichner" neben dem Ausſteller (ſeiner Frau) unterzeichnen wollen, nicht als Ausſteller. Seine Verbindlichkeit iſt danach zwar unabhängig von der Gültigkeit, nicht aber unabhängig von dem Vorhandenſein der Unterſchrift eines wirklichen Ausſtellers. Will man die Ehefrau nicht als Ausſteller gelten laſſen, ſo iſt der Wechſel nichtig. Der Rettungsverſuch des Reichsgerichts ſetzt an einem verkehrten Punkte ein. Die Gültigkeit des Wechſels läßt ſich nur aufrecht erhalten, wenn man ſich entſchließt, Vordrucksangaben, welche die Parteien, ſofern ſie nicht mala fide gehandelt, offenbar unbeachtet gelaſſen haben, als irrelevant zu behandeln: und ich ſehe nicht ein, was dem im Wege ſtehen ſollte. Die Unterſchrift der Ehefrau war als Unterſchrift beabſichtigt und als ſolche unter den Wechſel geſetzt, die Durchſtreichung des gedruckten „als Bürge" nur verſehentlich unterblieben. Wir haben alſo eine wahre Unterſchrift, welche als ſolche gemeint war.

## Aenderungen der Wechſelurkunde.

### 9.

Keinerlei Bedenken unterliegt der Satz des VI. Civilſenates, Bd. 32 S. 38, daß bei Aenderungen des Wechſel-

kontextes während des Wechselumlaufs „jeder einzelne Unterzeichner einer Wechselerklärung nach Maßgabe desjenigen Inhaltes haftet, den der Wechsel zur Zeit der Abgabe seiner Unterschrift hatte oder nachher zu seinem Nachtheile unter seiner Zustimmung erhalten hat": ein Satz, aus dem a. a. O. speziell die Konsequenz abgeleitet wird, daß ein Indossant, der dem Wechsel nachträglich einen Domizilvermerk beigefügt hat, nicht um deswillen seine Haftung ablehnen darf, weil der Wechsel nicht am ursprünglichen Zahlungsorte, sondern an dem von ihm selbst hinzugefügten Domizilorte mangels Zahlung protestirt worden ist.

### Haftung des Ausstellers.

10.

Für durchaus richtig halte ich auch die Sätze des Erkenntnisses des I. Civilsenates vom 4. Dezember 1886, Bd. 18 S. 113 f.:

1) Ein Wechsel, aus dem die Haftung des Ausstellers durch Vermerk in der Urkunde ausgeschlossen ist, ist kein gültiger Wechsel. „Die Möglichkeit, daß die Ausstellerunterschrift als erfülltes Formerforderniß des Wechsels wirkt, aber der Aussteller von der Haftung als solcher durch einen Zusatz auf dem Wechsel befreit wird, ist ausgeschlossen."

2) Daraus folgt: der Trassant eines Wechsels an eigene Order wird durch den seinem Indossamente beigefügten Zusatz „ohne Obligo" oder „ohne Gewährleistung" von seiner Verbindlichkeit als Aussteller nicht frei.

### Erwerb des Wechsels durch den Remittenten.

11.

Zur Uebertragung des Wechseleigenthums an den Remittenten ist die Uebergabe des Wechsels nicht erforderlich.

Vielmehr kann der Ausſteller den Wechſel auch für den Remittenten beſitzen. Es iſt dies insbeſondere dann zu präſumiren, wenn er bei Ueberſendung der Wechſel zum Accept den Traſſaten freiſtellt, die Wechſel ihm ſelbſt oder dem Remittenten zurückzuſenden.

Ich halte dieſe Anſicht des I. Civilſenats (27. Mai 1891, Bd. 28 S. 61 ff.) für unbedenklich.

Dagegen bin ich nicht einverſtanden mit der Einſchränkung, daß in dem letzterwähnten Falle der Eigenthumsübergang auf den Remittenten nicht ſchon bei dem Empfang der Accepte, ſondern erſt mittels constitutum possessorium bei der Unterzeichnung des Wechſels durch den Ausſteller ſich vollzieht, wenn der Wechſel ohne Unterſchrift zum Accepte verſandt war und die Verhältniſſe ergaben, daß die Acceptanten nur von dem betreffenden Ausſteller ausgeſtellte Wechſel acceptiren wollten. Denn wenn das Freiſtellen der Rückſendung der acceptirten Urkunde an den Remittenten oder den Ausſteller bei dem vom Ausſteller unterzeichneten Wechſel die Bedeutung der Erklärung hat, daß der Ausſteller den an ihn zurückgeſandten Wechſel als Vertreter des Remittenten in Beſitz nehmen wolle, ſo liegt kein durchſchlagender Grund vor, das gleiche Freiſtellen bei der Ueberſendung eines noch nicht unterzeichneten Wechſels zum Accept anders zu interpretiren.

## Blanko-Begebung.

### 12.

„Die Uebergabe eines in blanco unterzeichneten eigenen Wechſels ſtellt ſich ebenſo, wie die Uebergabe eines Blankoacceptes als Ermächtigung zur Herſtellung einer Wechſelobligation dar, und dem Geber eines ſolchen Wechſels iſt es nur als eine dem Nehmer gegenüber nach Art. 82 der W.O.

zuſtehende exceptio doli geſtattet, ſeinerſeits darzuthun, daß der Wechſel vertragswidrig ausgefüllt ſei, und daß mithin der Wechſel gegen ihn *inſoweit* nicht geltend gemacht werden dürfe, als deſſen Inhalt nicht der getroffenen Abrede entſpricht."

Hat der Nehmer lediglich darin abredewidrig ausgefüllt, daß er den Wechſel auf einen zu frühen Zahlungstag ausfüllte, ſo ſteht dem Blankounterzeichner gegen ihn nur die Einrede zu, daß er die Wechſelſumme erſt am verabredeten Fälligkeitstage, Zinſen erſt von dieſem Tage an zu zahlen hat.

I. Civilſenat, 15. Mai 1889, Bd. 23 S. 110.

13.

„Wenn von einem Wechſelnehmer in Ueberſchreitung der ertheilten Ermächtigung das blanko begebene Papier wider den Willen des Ausſtellers mit einer domizilirten Adreſſe ausgefüllt worden iſt, ſo kann hierauf dem dritten Inhaber gegenüber nicht der Inhalt der Fälſchung, ſondern nur der der Bösgläubigkeit gegründet werden."

I. Civilſenat, 21. Sept. 1887, Bd. 19 S. 136.

14.

„Die Geſtattung der Beifügung eines Domizilvermerkes *kann* auch ohne ausdrücklich darauf gerichtete Worte wirkſam gegeben werden."

I. Civilſenat, 22. Januar 1887, Bd. 18 S. 115.

15.

Durch Blankobegebung des Accepts ertheilt der Acceptant dem Empfänger das Recht zur Ausfüllung des Accepts. Daß

dies Recht durch den Tod des Acceptanten nicht erliſcht, auch die Ausfüllung des Wechſels mit einem dem Todestage des Acceptanten nachfolgenden Datum die Gültigkeit des Wechſels nicht beeinträchtigt, hat der I. Civilſenat, Bd. 33 S. 44 zweifellos richtig ausgeführt.

Ebenſowenig ſteht der Entſcheidung in Bd. 32 S. 70 (I. Senat) Bedenken entgegen, daß der erſte Empfänger eine theilweiſe Ausfüllung vornehmen und die Vollendung der Ausfüllung einem weiteren Nehmer übertragen kann. Denn da ſein Recht zur Ausfüllung ſchlechthin auf den ſpäteren Nehmer übertragbar iſt (R.O.H.G., Bd. 17 S. 55, Bd. 21 S. 212; R.G. 12. Juni: Blum's Urtheile und Annalen, Bd. 3 S. 10), ſo liegt kein Grund vor, weshalb dieſem nicht auch ein Theil der Ausfüllung überlaſſen werden könnte.

## Acceptation.

### 16.

Daß die Verpflichtung des Acceptanten nicht durch Vertrag, ſondern durch einſeitigen Rechtsakt erfolgt, hat der I. Civilſenat, 6. Nov. 1889, Bd. 24 S. 88 ff. anerkannt.

Dieſelbe Entſcheidung enthält den ebenſo zweifellos richtigen Satz, daß der Ausſteller auf Grund einer Vollmacht des Traſſaten für dieſen gültig acceptiren kann.

Zweifelnd ſtellt ſich die Entſcheidung zu der Frage, ob aus dem in der Tratte enthaltenen Auftrag ein Mandatsverhältniß ſich ergiebt. Das Reichsoberhandelsgericht hatte die Frage verneint (z. B. Bd. 7 S. 353), das Reichsgericht ſich dieſer Verneinung, die neuerdings in Wendt, Anweiſungsrecht, S. 100 ff. einen warmen Vertheidiger gefunden hat, angeſchloſſen, ſo unter dem 7. April 1880 (Seuffert, Archiv, Bd. 35 S. 411). Jetzt bekundet der erſte Civilſenat

eine gewisse Hinneigung zu der in der Theorie herrschenden gegentheiligen Theorie, wenn er ausführt:

„Das Mandat im Wechselzuge ist nur die Form, unter der sich die verschiedenen Rechtsverhältnisse bewegen. Das Mandat als solches tritt ganz zurück. Der juristische Charakter des Wechselzuges kann aus ihm nicht entnommen werden, auch wenn man nicht mit dem in Entsch. des R.O.HG.'s, Bd. 7 S. 351 abgedruckten Urtheil annimmt, daß die hergebrachte Form des Auftrags des juristischen Charakters überhaupt entbehre."

17.

Aus einem Gefälligkeitsaccept steht die exceptio doli dem Indossatar nur dann entgegen, wenn er beim Erwerb wußte, daß nur ein Gefälligkeitsaccept vorlag, oder wenn er kein eigenes Interesse an der Verfolgung des Wechselanspruchs des Acceptanten hat, vielmehr nur das Interesse seines durch exceptio doli zurückweisbaren Vormannes geltend macht.

I. Civilsenat, 3. März 1894, Bd. 32 S. 128 ff.

18.

Aus dem Urtheil des I. Civilsenats vom 9. Juli 1888, Bd. 21 S. 400 f. sind folgende, ohne Zweifel richtige Sätze hervorzuheben:

a) „Durch die Acceptation erwirbt der Aussteller gegen den Acceptanten einen Anspruch auf Zahlung der Wechselsumme. Voraussetzung zur Ausübung dieses Rechts ist allerdings das Inhaben des Wechsels; gleichgültig aber ist es, ob der Aussteller den Wechsel noch nicht aus der Hand

gegeben, oder ob er denselben im Regreßwege eingelöst hat, und es entsteht in letzterem Falle das Recht nicht etwa erst mit der Einlösung."

b) „Es erscheint nicht angezeigt, . . . in § 29 der Civilprozeßordnung . . . das Wort „Vertrag" in der Art zu pressen, daß es nur von einer zwischen zwei bestimmten, einander direkt gegenüber getretenen Personen auf Entstehung einer Obligation gerichteten Willenseinigung verstanden würde. . . . . Jedenfalls ist das Gesetz so aufzufassen, daß durch dasselbe der Gerichtsstand des Erfüllungsortes für eine Klage des Ausstellers gegen den Acceptanten begründet erscheint."

## Stellung des Indossatars.

### 19.

Der Vollindossatar ist Eigenthümer des Wechsels. Er kann daher nicht, gleich als wäre er Prokuraindossatar, Namens seines Vormannes klagen. Weder kann er durch seine Erklärung, als Vertreter des Vormannes zu handeln, ihm selbst gegenüber zustehende Einreden abschneiden, noch kann der Schuldner durch die Behauptung, das Vollindossament sei nur zwecks Einkassirung erfolgt, für sich Einreden retten, die ihm nur gegen den Indossanten zustehen.

I. Civilsenat, 4. März 1891, Bd. 27 S. 129 ff.

### 20.

Keine eigentlich wechselrechtliche, aber eine doch auch den Wechsel treffende Entscheidung fällt das Urtheil des VI. Civilsenats vom 20. Dezember 1888, Bd. 22 S. 183 ff.

Es wird hier festgestellt, daß die Reichsbankantheilscheine

nicht zu den unter Art. 305 des H.G.B. fallenden Orderpapieren (nämlich die Skripturorderpapiere, welche in Art. 301 bis 304 aufgezählt sind) gehören, daher „die Artt. 36, 74 W.O. bei der Uebertragung der Reichsbankantheilscheine durch Indossament nicht zur Anwendung kommen".

Positiv ausgedrückt geht dieser Satz dahin, daß die Reichsbankantheilscheine zu derjenigen Gruppe von Orderpapieren gehören, an welchen Eigenthum (und damit zugleich das Recht aus dem Papiere) nur in Folge jedesmaliger wirklicher Eigenthumsübertragung an den Indossatar (also nur durch echte Indossamente) erworben wird, oder, wie das Reichsgericht formulirt: „Jemand kann nur dann durch Indossament Eigenthum an einem Reichsbankantheilscheine erwerben, wenn der Indossant zur Uebertragung des Scheines berechtigt ist." Dieser Satz wird kaum Widerspruch finden.

Bedenklich dagegen erscheint ein der Ausführung des Reichsgerichts eingefügter Satz, der speziell die Wechselordnung berührt.

Es findet sich nämlich in den Entscheidungsgründen die Behauptung: „Das Reichsbankstatut enthält vielmehr eine ausdrückliche Abweichung von den Vorschriften des Art. 36 W.O., indem es bestimmt, daß die Reichsbank zur Prüfung der Legitimation des Inhabers eines Reichsbankantheilscheines berechtigt, aber nicht verpflichtet ist."

Nun lautet der Schlußsatz des § 4 des Statutes der Reichsbank [der sich zwar nicht nur auf die Legitimation durch Indossament bezieht, aber in dem zur Besprechung stehenden Erkenntniß, wie auch der eben citirte Satz zeigt, speziell auf eine solche — ganz mit Recht — angewandt ist]: „Zur Prüfung der Legitimation ist die Reichsbank berechtigt, aber nicht verpflichtet", wogegen W.O. 36 am Schluß lautet: „Die Echtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet."

Die Verschiedenheit des Wortlauts liegt also darin, daß im Reichsbankstatut gesagt ist: „*berechtigt*, aber nicht verpflichtet", in der Wechselordnung nur: „nicht verpflichtet". Erklärt das Reichsgericht diesen Unterschied des Wortlauts für eine rechtlich erhebliche Abweichung, so kann das wohl nur den Sinn haben, daß nach der Ansicht des VI. Civilsenats durch den Schlußsatz des Art. 36 der W.O. dem Zahlenden die Berechtigung zur Prüfung der Echtheit der Indossamente entzogen sein soll.

Das aber ist nicht der Sinn dieses Satzes. Er handelt lediglich von der Legitimation für die Zahlungserhebung, d. h. von der Legitimation, welche vorliegen muß, damit die Zahlung an den Zahlungsuchenden den Charakter gültiger Wechselzahlung habe, also Liberirung der Zahlungspflichtigen bewirke. Er *berechtigt* den Zahlenden, von einer Prüfung der Echtheit der Indossamente abzusehen, *verpflichtet* ihn aber keineswegs dazu.

Zahlung *zu fordern berechtigt* ist nur der legitimirte Wechseleigenthümer (und dessen legitimirter Vertreter), oder — um mit der Wechselordnung zu reden — der „legitimirte Besitzer" des Wechsels, wenn er weder den Wechsel im bösen Glauben erworben hat, noch ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt". Einem solchen legitimirten bona fide-Besitzer darf die Zahlung allerdings auch dann nicht verweigert werden, wenn sich die Unechtheit von Indossamenten ergiebt. Das ist aber eine Konsequenz des Art. 74, nicht des Art. 36 der W.O. — eine Konsequenz, die deshalb auch nur zu Gunsten des bona fide-Besitzers (d. h. des Wechseleigenthümers), nicht zu Gunsten jedes legitimirten Inhabers Platz greift.

*Die Wechselordnung verpflichtet also durch Art. 74 zur Zahlungsleistung an den bona fide-*

Indoſſatar auch dann, wenn nicht alle Indoſſamente echt ſind, ſie verpflichtet aber nicht durch Art. 36 zur Zahlung an jeden Indoſſatar, falls unechte Indoſſamente vorliegen.

Vielmehr iſt der um Zahlung Angegangene durchaus befugt, auch die Echtheit der Indoſſamente in den Bereich ſeiner Prüfung zu ziehen, und falls aus ihnen ſich ein Anhalt für die mala fides des präſentirenden Wechſelinhabers ergiebt — wenn alſo z. B. die drei letzten Indoſſamente von der Hand des Präſentanten ſelbſt herrühren, oder wenn das den Präſentanten legitimirende Indoſſo ſonſt offenſichtlich gefälſcht iſt —, die Zahlung zu verweigern. Das dürfte heute wohl kaum noch als ſtreitig zu bezeichnen ſein.

21.

Der I. Civilſenat hat am 9. Sept. 1893, Bd. 32 S. 78 ff., ausgeſprochen, daß durch ein Prokuraindoſſament der Indoſſant, und ebenſo durch ein ſeitens des Prokuraindoſſatars erfolgendes weiteres Prokuraindoſſament der erſte Prokuraindoſſatar das Recht verliere, Proteſt mangels Zahlung erheben zu laſſen.

Ich halte dieſe Anſicht für unrichtig.

Bei der Erörterung will ich von dem Falle eines einzigen Prokuraindoſſaments ausgehen.

Das Prokuraindoſſament hat nach W.O. 17 lediglich die Wirkung, den Indoſſatar zur Proteſterhebung zu „ermächtigen". Er iſt alſo nur Bevollmächtigter des Indoſſanten, und es iſt nicht einzuſehen, weshalb der Wechſelgläubiger, welcher in Form des Prokuraindoſſaments eine „Ermächtigung" zur Einziehung der Wechſelſumme und zur Proteſterhebung ertheilt, dadurch ſich des Rechts, ſelbſt zu handeln, begeben ſoll, während eine civilrechtliche Vollmachtsertheilung einen ſolchen Rechtsverluſt nicht in ſich ſchließt. Weshalb dieſer Verluſt des Präſentations-

rechts „eine nothwendige Folge der formellen Natur eines wechſelmäßigen Aktes, ſowie des Grundſatzes iſt, daß wenigſtens der Regel nach die Legitimation des Inhabers des Wechſels aus der Wechſelurkunde ſelbſt erſichtlich ſein muß" verſtehe ich nicht: um ſo weniger, da ja die Legitimation des Prokuraindoſſanten als Wechſeleigenthümer durch das Vorhandenſein des Prokuraindoſſamentes gewiß nicht verdunkelt wird, ſondern „aus der Wechſelurkunde ſelbſt erſichtlich bleibt".

Auch das weitere Argument der Reichsgerichtsentſcheidung, die Möglichkeit, daß der Prokuraindoſſatar und der Prokuraindoſſant nach einander Proteſt erheben laſſen könnten, würde „für den Wechſelverkehr und deſſen Sicherheit unerträglich" ſein, erſcheint nicht durchſchlagend.

Mangels Annahme kann ein Wechſel heute hundert Mal hinter einander proteſtirt werden: daß dieſe „Möglichkeit" jeden Wechſelverkehr erſchwert hätte, iſt nicht bekannt geworden. Daß nach dem Prokuraindoſſatar auch der Prokuraindoſſant einen Wechſel nochmals mangels Zahlung proteſtiren läßt, iſt zudem auch bei der Anſicht des Reichsgerichts „möglich": ſein Proteſt iſt ſogar vollauf in Ordnung, wenn er das Prokuraindoſſament vorher durchſtrichen hat. Was ſoll dieſe „Möglichkeit" ſchaden? Erſetzt verlangen von ſeinen Vormännern kann der Prokuraindoſſant ja doch nur die Koſten *eines* Proteſtes. Der zweite geht alſo auf ſeine Rechnung. Wem alſo ſoll die Erhebung dieſes zweiten Proteſtes ſchaden? Weshalb ſoll ſie „für die Sicherheit des Wechſelverkehrs unerträglich" ſein?

Sind ſonach die Erwägungen des Reichsgerichts nicht durchſchlagend, ſo führt ein anderer Grund zu dem entgegengeſetzten Reſultat.

Der Prokuraindoſſant bleibt Eigenthümer des Wechſels. Er behält ſomit das Recht, den Wechſel voll weiter zu in-

doſſiren. Die Wirkſamkeit ſeines Vollindoſſaments wird durch ſein undurchſtrichen ſtehen bleibendes Prokuraindoſſament nicht beeinträchtigt. Dies Prokuraindoſſament iſt vielmehr in ſolchem Falle wirkungslos geworden, gleich als wäre es nicht geſchrieben, z. B.:

An Iſaac.
Remien (Remittent).
An Kaſſebier zur Einkaſſirung
Iſaac.
An Joſephſohn.
Iſaac.

Hier iſt Joſephſohn vollauf gültig legitimirt.

Wenn nun der Prokuraindoſſant gültig voll weiter indoſſiren kann, ſo kann er auch trotz ſeines Prokuraindoſſaments gültig abermals in procura indoſſiren, ohne daß es der Durchſtreichung des erſten Prokuraindoſſamentes bedarf, denn das weitergehende Recht zur Vollindoſſirung umfaßt das engere Recht zur Prokuraindoſſirung. Es iſt alſo aus folgender Reihenfolge:

An Iſaac.
Remien.
An Kaſſebier zur Einkaſſirung.
Iſaac.
An Habenicht zur Einkaſſirung.
Iſaac.

Habenicht als Prokuraindoſſatar gültig legitimirt.

Behält ſonach trotz beſtehenden Prokuraindoſſaments der Prokuraindoſſant die Möglichkeit zur abermaligen Prokuraindoſſirung, ſo muß er auch die Möglichkeit behalten, ſelbſt die einem Prokuraindoſſatar zuſtehenden Befugniſſe auszuüben: denn er könnte das Recht zur Ausübung dieſer Befugniß nicht übertragen, wenn er ſelbſt es nicht mehr beſäße.

Hat nun die Prokuraindoſſirung, wenn ſie ſeitens eines Vollindoſſatars erfolgt, nicht die Wirkung eines privativen, ſondern nur die eines kumulativen Uebergangs der Einziehungs- und Proteſterhebungsrechte auf den Prokuraindoſſatar, ſo kann ſie auch wenn ein Prokuraindoſſatar ſie vornimmt nur in gleicher Weiſe wirken, denn es liegt kein Grund vor, ihr in dieſem Falle eine verſtärkte Wirkung zuzuſprechen.

Weder ein Vollindoſſatar noch ein Prokuraindoſſatar verlieren das Recht zur Einziehung der Wechſelſumme und zur gültigen Proteſtirung dadurch, daß ſie den Wechſel in procura weiter indoſſirt haben und dies Prokuraindoſſament undurchſtrichen geblieben iſt.

22.

Die Möglichkeit der Legitimation eines Nachverfall-Indoſſatars durch ein Vorverfall-Blankoindoſſament iſt von den vereinigten Civilſenaten für den proteſtirten Wechſel in einem Falle, in welchem dem Blankoindoſſament eine Reihe erſt nach der Proteſterhebung durchſtrichener Vollindoſſaments folgten, verneint worden (8. Juli 1880, Bd. 2 S. 75), dagegen von dem I. Civilſenat für den präjudizirten Wechſel in einem Falle, in welchem dem Blankoindoſſamente zur Zeit des Verfalls weitere Indoſſamente nicht folgten, neuerdings bejaht worden (14. Juli 1894, Bd. 33 S. 145).

Eine Aufrechterhaltung beider Grundſätze neben einander erſcheint unmöglich.

Zunächſt kann es keinen Unterſchied machen (und es legt auch der I. Civilſenat auf dieſen Punkt gar kein Gewicht, ja er erwähnt ihn nicht einmal), ob dem Blankoindoſſament noch weitere Vollindoſſamente zur Verfallzeit folgten. Denn da durchſtrichene Indoſſamente für die Legitimation des Wechſel-

inhabers als nicht geschrieben gelten, so ist bei Vorhandensein durchstrichener Vollindossamente die Legitimation genau so vollkommen vorhanden, wie bei ihrem Fehlen.

Aber auch die erfolgte Protestirung kann die Legitimation nicht wohl beinträchtigen. Die Legitimation erfolgt durch den Wechsel (W.O. 36). Auf diesem findet sich kein Vermerk über die Protesterhebung. Der Nachverfall-Erwerber kann dem Wechsel nicht entnehmen, ob Protest erhoben ist oder nicht. Er ist in beiden Fällen legitimirter Wechselerwerber.

Nun ist der legitimirte Wechselbesitzer — vorausgesetzt, daß er nicht beim Erwerb mala fide war — Wechseleigenthümer, und als solchem stehen ihm die aus dem Wechsel vorhandenen Rechte zu.

Danach erscheint die Entscheidung der vereinigten Civilsenate unrichtig, die Entscheidung des I. Civilsenates, die in Einklang mit der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. 3 S. 214, Bd. 5 S. 410, Bd. 7 S. 78, Bd. 15 S. 314) steht, richtig.

Die Entscheidung der vereinigten Civilsenate fußt wesentlich auf Opportunitätsrücksichten. Sie thürmt einen Berg von Schwierigkeiten und Bedenklichkeiten auf, die sich angeblich ergeben, wenn man die Legitimation durch vor Verfall gegebenes Blankoindossament zuläßt, und bezeichnet dann als einzig rettenden Ausweg die Zulässigkeit dieser Legitimation. („Die ganze ungesunde und unbefriedigende Kasuistik wird bei Anerkennung des Satzes vermieden, daß . .").

Sind die Schwierigkeiten wirklich so große?

Ich meine: nein. Nur muß man sich zu prinzipieller Feststellung der Rechtsverhältnisse entschließen und nicht, wie die Reichsgerichtsentscheidung, ganz entgegengesetzte Auffassungen der Stellung des Indossatars als an sich denkbare neben einander betrachten.

Der Indoſſatar iſt Eigenthümer des Wechſels. Ihm ſtehen als ſolchem die Rechte aus dem Wechſel zu: natürlich nur diejenigen, welche noch vorhanden ſind, und ſo, wie ſie vorhanden ſind, alſo behaftet mit den gemäß den geltenden Rechtsnormen ihnen anklebenden Einreden.

War alſo der Wechſel präjudizirt, ſo ſtehen dem Indoſſatar nur die Rechte gegen den Acceptanten, dieſe aber frei von allen gegen die Vormänner begründeten Einreden zu; war der Wechſel proteſtirt, ſo hat der Indoſſatar die Anſprüche gegen alle Vormänner: aber beſchränkt durch die Einreden, welche dieſen dem aus dem Proteſte erſichtlichen Proteſtanten gegenüber erwachſen waren. Die Beweislaſt vertheilt ſich dabei ſo, daß der Indoſſant nur ſeine Legitimation aus dem Wechſel, die Wechſelſchuldner den Nachweis zu erbringen haben, daß in Folge Präjudizirung oder Proteſtation Anſprüche des Indoſſatars gegen ſie nicht beſtehen oder auf Grund ihnen zuſtehender Einreden gehemmt ſind. Daß „damit dem Beklagten die Ermittelung und Nachweiſung des Klagefundaments auferlegt werde", weil „bei Benutzung des Vollblankogiros aus dem Wechſel nicht konſtatirt, wer der Indoſſant des Klägers ſei", und „deſſen Angabe, da der Kläger nur deſſen Rechte geltend machen kann, zur Klagebegründung gehört", halte ich nicht für zutreffend. Klagefundament iſt lediglich: daß aus dem Wechſel Rechte entſtanden ſeien und daß dem Kläger als legitimirtem Wechſeleigenthümer die Rechte aus dem Wechſel zuſtehen. Mehr braucht kein Wechſelkläger zu beweiſen. Den Untergang oder die ſpäter eingetretene Beſchränkung eines entſtandenen Rechtes hat ſtets der Beklagte zu beweiſen.

So komme ich zu dem Ergebniß der unbeſchränkten Richtigkeit der von dem Reichsoberhandelsgericht ſtets verfochtenen Anſicht: der Nachindoſſatar kann ſich durch

ein Blankovorindoſſament legitimiren, mag der Wechſel präjudizirt oder proteſtirt ſein.

Unterſtützt wird dieſe Anſicht noch durch die Erwägung, daß der Erwerber eines Sichtwechſels, deſſen Giroreihe mit einem Blankoindoſſament endet, in zahlreichen Fällen beim Erwerb gar nicht wiſſen kann, ob der Wechſel nicht ſchon zur Zahlung präſentirt und proteſtirt iſt. Ihm in ſolchem Falle jedes Recht aus dem Wechſel abſprechen zu wollen, wäre ſicher eine ebenſo unnöthige wie unberechtigte Härte.

## Ceſſion von Wechſelforderungen.

### 23.

Die Zuläſſigkeit der Ceſſion von Wechſelforderungen wird wohl allgemein angenommen. Gleich dem Reichsoberhandelsgericht (Bd. 11 S. 250)[1]) hat auch das Reichsgericht (I. Civilſenat vom 26. April 1890, Bd. 26 S. 100) ſie anerkannt.

Es lag der Entſcheidung die intereſſante Rechtslage zu Grunde, daß der Cedent, nachdem er dem Schuldner Kenntniß von der Ceſſion gegeben, gegen ihn auf Grund des Beſitzes des Wechſels Klage auf Zahlung erhob. Die Entſcheidung geht leider nicht auf eine prinzipielle Erörterung der dem Cedenten zuſtehenden Rechte ein, ſondern weiſt unter Berufung auf § 25 I. 10 des Pr. L.R. die Klage mit der Begründung ab, daß im Falle einer ſeitens des Schuldners erfolgenden Bezahlung des Wechſels an den Cedenten der Ceſſionar „unter dem Geſichtspunkte der Verpflichtung des debitor cessus zur Herausgabe des Wechſels wegen bewußter Beeinträchtigung des dem Ceſſionar zuſtehenden Rechtes auf Aus-

1 Die Reichsgerichtsentſcheidung citirt fälſchlich S. 280.

lieferung desselben von demselben Zahlung des der Wechselsumme entsprechenden Betrages fordern könnte".

Prinzipiell liegt der Rechtsfall folgendermaßen: die Wechselforderung ist Accessorium zum Wechseleigenthum. Sie steht also dem Wechseleigenthümer als solchem zu. Sie ist von diesem Eigenthum, abgesehen vom Falle der Amortisation, nicht trennbar. Sie geht also durch Cession nicht auf den Cessionar über. Die Cession bewirkt vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch des Cessionars auf Uebertragung des Wechseleigenthums und damit der Forderung. Der Cedent ist folglich dem Cessionar gegenüber verpflichtet, ihm Wechsel und Forderung zu übertragen, daher auch ihm gegenüber verpflichtet, die Wechselforderung nicht mehr selbst geltend zu machen. Diese Verpflichtung des Cedenten gegenüber dem Cessionar berührt zunächst den Wechselschuldner gar nicht. Er bleibt trotzdem berechtigt wie verpflichtet, dem Cedenten zu zahlen. Die Denuntiatio aber (oder, nach der anderen für die Cession vertretenen Ansicht, seine Kenntnißnahme) ändert seine Stellung. Sie enthält die Mittheilung an ihn, daß der Cedent sein Recht auf Beitreibung der Forderung auf den Cessionar übertragen, daß also dem Cedenten dies Recht jetzt nicht mehr zustehe. Jetzt ist er nur noch befugt, dem Cessionar zu zahlen. Er braucht aber diesem zu zahlen nur gegen Aushändigung des Wechsels. Daher muß der Cessionar zunächst Auslieferung des Wechsels vom Cedenten fordern. Der Cedent ist durch die Cession zu dieser Auslieferung, nicht aber zur Indossirung des Wechsels auf den Cessionar verpflichtet. Denn er ist nur verpflichtet, dem Cessionar die Möglichkeit der Einkassirung der Forderung zu verschaffen. Die Zahlung aber kann der Cessionar auf Grund des den Cedenten als Eigenthümer legitimirenden Wechsels und der ihn selbst zur Zahlungs-

erhebung legitimirenden, vom Cedenten ausgehenden Denuntiatio oder von demſelben ertheilten Vollmacht fordern.

24.

Der Wechſelerwerber, der durch ein nicht von der Perſon, welche ihm den Wechſel veräußert hat, herrührendes Blankoindoſſament legitimirt iſt, aber aus Mißtrauen gegen die Veräußerungsbefugniß des Veräußerers, nicht auf Grund dieſes Blankoindoſſaments erwerben wollte, ſondern durch Vermittelung des Veräußerers ſich eine Ceſſion ſeitens des Blankoindoſſanten verſchaffte, beſitzt den Wechſel nur als Ceſſionar und muß ſich die Einreden ex persona cedentis gefallen laſſen.

Auf dieſem Grundſatz baſirt eine Entſcheidung des I. Civilſenats vom 14. Juli 1894, Bd. 33 S. 146 ff.

Ich halte dieſen Grundſatz nur unter der (im beurtheilten Falle vielleicht vorliegenden) Vorausſetzung für richtig, daß der Wechſelerwerber ausdrücklich erklärt, daß er auch nach Empfang der Ceſſionsurkunde nicht auf Grund des Blankoindoſſaments, ſondern lediglich auf Grund der Ceſſion den Wechſel habe beſitzen wollen und beſeſſen habe.

Eine derartige Erklärung wird aber wohl niemals ſich mit der Wahrheit decken, ſondern regelmäßig nur einem verunglückten Ideengange des zu Rathe gezogenen Rechtsanwalts ihr Daſein verdanken.

Für den Erwerber liegt nicht der mindeſte Grund vor, den minderen Rechtserwerb durch Ceſſion dem beſſeren durch Indoſſament vorzuziehen. Sein Begehren der Ceſſionsurkunde entſprang lediglich dem Mißtrauen gegen die Berechtigung des Veräußerers. Dagegen vertraute er auf die Berechtigung des Blankoindoſſanten. In dem Augenblicke, wo er die von dieſem

herrührende Ceſſionsurkunde in Händen hat, fühlt er ſich als bona fide-Beſitzer.

Was um alles in der Welt ſoll ihn veranlaſſen, jetzt nicht auf Grund des Indoſſaments als Vollberechtigter Eigenthümer beſitzen zu wollen?

Freilich, erklärt er ausdrücklich, er habe auch von dieſem Zeitpunkt an nur den Willen gehabt, als Ceſſionar zu beſitzen, ſo iſt der Richter an eine ſolche Erklärung gebunden; ſollte aber der Erwerber nur geſagt haben, er habe den Wechſel dem Veräußerer zurückgegeben, damit dieſer ihm die Ceſſionsurkunde beſchaffe, und habe dann mit dieſer Urkunde den Wechſel wiedererhalten (und ſo ſcheint der Thatbeſtand zu liegen), ſo kann darin eine Erklärung, daß der Erwerber auch jetzt noch nicht als Indoſſatar habe beſitzen wollen, nicht liegen: und in dieſem Falle erſcheint die Entſcheidung unrichtig.

## Wechſelverjährung.

### 25.

„Die oberſten deutſchen Gerichte haben konſtant die Auffaſſung bethätigt, daß die Wechſelverjährung entſprechend ihrer Bezeichnung grundſätzlich eine wahre Verjährung durch Nichtgebrauch iſt und daher die landesrechtlichen Verjährungsnormen zur Anwendung zu bringen ſind, ſofern nicht das wechſelrechtliche Verhältniß nach beſonderen Vorſchriften oder auch ohne ſolche nach ſeiner Natur und ſeinen Bedürfniſſen Ausnahmen erheiſcht. Danach ergiebt ſich, daß die nach den landrechtlichen Verjährungsnormen anerkannten Hinderniſſe für den Beginn der Verjährung bei der Wechſelverjährung nur in ſo weit gelten können, als es objektive, deren Ueberwindung nicht möglich iſt oder doch nicht zugemuthet werden kann, ſind, und daß lediglich in den individuellen Verhältniſſen des Gläubigers liegende nicht in Betracht kommen.“

So ein Erkenntniß des I. Civilsenates vom 24. Januar 1891, Bd. 27 S. 78.

Sehr glücklich formulirt sind diese Sätze nicht. Die Behauptung von der konstanten Auffassung der obersten Gerichte, daß die Wechselverjährung grundsätzlich eine wahre Verjährung durch Nichtgebrauch sei und daher auf sie die landesrechtlichen Verjährungsnormen im Allgemeinen anzuwenden seien, steht nicht gerade in Einklang mit der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 18. Febr. 1876 (Bd. 19 S. 313), welche besagt, daß „die civilrechtliche Verjährung durch Nichtgebrauch und die Wechselverjährung in ihrer Grundlage und Wirkung verschieden sind".

Wie weit greift ferner der Kreis von Ausnahmen, „welche das wechselrechtliche Verhältniß nach seiner Natur und seinen Bedürfnissen erheischt"? Die Ausdehnung dieses Kreises ist völlig dem subjektiven Ermessen des Richters überlassen. So führt das Erkenntniß zu dem Resultat: es giebt keine objektive Norm darüber, wie weit die partikularrechtlichen Vorschriften über das Ruhen der Verjährung auf Wechselansprüche Anwendung finden; hier entscheidet lediglich das subjektive Ermessen des Richters über Natur und Bedürfnisse der wechselrechtlichen Verhältnisse.

Ist dies Resultat befriedigend? Gewiß nicht.

Ist es richtig? Meiner Ansicht nach: nein.

Zunächst: die „Verjährung" der Wechselordnung ist nicht „grundsätzlich eine wahre Verjährung durch Nichtgebrauch". „Grundsätzlich" ist „Verjährung durch Nichtgebrauch" Verlust eines Rechtes in Folge einer als verschuldet zu betrachtenden Nichtausübung [1]). Davon ist bei der Wechselverjährung nicht

1) Auf die Kontroverse über die Zulässigkeit dieses Ausdrucks kann ich hier nicht eingehen. Für ihn spricht jedenfalls seine Kürze und Unmißverständlichkeit.

die Rede. Für dieſe iſt es gleichgültig, ob der Gläubiger ſubjektiv verhindert oder nicht verhindert war, ſeinen Anſpruch geltend zu machen. Das hat das Reichsgericht — und vor ihm das Reichsoberhandelsgericht Bd. 22 S. 308 — ſehr richtig herausgefühlt. Aber dies Reſultat läßt ſich nicht gewinnen, wenn man in der „Verjährung" der W.O. eine „wahre Verjährung durch Nichtgebrauch" erblickt. Denn dann iſt die Schlußfolge unvermeidlich: die W.O. regelt zwar die Unterbrechung, nicht aber das Ruhen der Verjährung; ſoweit ſich aus der Wechſelordnung abweichende Normen nicht ergeben, kommen die Vorſchriften des gewöhnlichen Civilrechts zur Anwendung; alſo finden die civilrechtlichen Normen über Ruhen der Verjährung auch auf Wechſelanſprüche Anwendung. Dieſe Konſequenz kann die Wechſelordnung nicht gewollt haben: denn es kann doch vernünftiger Weiſe nicht Intention der Wechſelordnung ſein, wo ſie ſo radikal mit den Unterbrechungsgründen der Verjährung aufräumt, die partikularrechtlich vielgeſtaltigen Gründe des „Ruhens" beizubehalten. Dieſer Konſequenz iſt aber nur zu entgehen, wenn die „Verjährung" der W.O. keine wahre „Verjährung durch Nichtgebrauch" iſt.

Folglich hat die Wechſelordnung ihre „Verjährung" nicht als „gewöhnliche Verjährung durch Nichtgebrauch" hinzuſtellen beabſichtigt; ſondern als etwas anders: als geſetzliche Befriſtung.

Das ſtimmt mit ihren Normen vortrefflich. Denn die prinzipiellen Vorſchriften der Art. 78—80 laſſen ſich in den Satz formuliren: „der wechſelmäßige Anſpruch muß in 3 Jahren (6, 12, 18 Monaten) eingeklagt werden." Sie ſchreiben eine Klagfriſt vor. Nichtinnehaltung der Klagfriſt bewirkt ſchlechthin Untergang des Klagrechts: die „Verjährung" der W.O. iſt alſo geſetzliche Befriſtung.

Stellen wir uns — mit Grawein — auf dieſen Stand-

punkt, so sind wir die partikularrechtlichen Normen über Verjährung mit einem Schlage los.

Man wird freilich den Einwand erheben, daß doch ein Ruhen der Verjährung stattfinden müsse bei einem Gerichtsstillstand sowie einer gesetzlichen Unmöglichkeit, den Schuldner zu belangen: so während der Deliberationsfrist der Erben und bei staatlichem Moratorium.

Der Einwand ist inhaltlich richtig, entkräftet aber nicht die Ansicht, daß die „Verjährung" der W.O. in Wahrheit Befristung ist. Denn auch in eine gesetzlich normirte Frist zur Geltendmachung eines Anspruchs ist es berechtigt, die Zeiträume nicht einzurechnen, während welcher die Geltendmachung des Anspruchs in Folge staatlicher Anordnungen oder Unterlassungen unmöglich ist. Vergl. als Analogon C.Pr.O. § 201: „der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt."

So ergiebt sich:

die „Verjährung" ist in der Wechselordnung vollständig geregelt;

sie ist ihrem Wesen nach gesetzliche Befristung:

die civilrechtlichen Normen über Ruhen der Verjährung finden auf sie keine Anwendung;

nicht einzurechnen in die Zeit der „Wechselverjährung" sind lediglich solche Zeiträume, in denen in Folge staatlicher Vorschriften oder Maßnahmen die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs unmöglich ist.

## Protesterhebung.

### 26.

Die Präsentation eines Wechsels zur Zahlung und die Protesterhebung kann, wenn die in dem Wechsel bei dem Namen und der Ortsbezeichnung des Bezogenen angegebene

Wohnung des Bezogenen nicht in dem auf dem Wechſel bezeichneten Hauptorte, ſondern in einem an den Hauptort ſich anſchließenden Nachbarorte liegt, gültig in dieſem letzteren in der Wohnung des Bezogenen vorgenommen werden.

Durch dieſen Satz tritt mit Recht der IV. Civilſenat in dem Urtheil vom 7. Dezember 1893 — Bd. 32 S. 110 — einer allzu formaliſtiſchen Auffaſſung der Vorderrichter entgegen.

Doch wird die Praxis ſich davor zu hüten haben, nun den Grundſatz dieſes Erkenntniſſes dahin zu deuten, daß der Proteſt in dem Nachbar- oder Vororte, in welchem die Wohnung gelegen iſt, erhoben werden müſſe und die Proteſterhebung in dem im Wechſel genannten Zahlungsort ungültig ſei.

Lautet ein Wechſel, wie in dem der Entſcheidung zu Grunde liegenden Falle zahlbar „Berlin, Nollendorfſtraße 20", ſo wird vielmehr ſowohl der in Berlin, wie der in Schöneberg, Nollendorfſtr. 20 aufgenommene Proteſt als gültig anzuſehen ſein. Der ängſtlichere Gerichtsvollzieher wird in Berlin, der minder ängſtliche in Schöneberg Proteſt aufnehmen.

27.

Die Entſcheidung des I. Civilſenates vom 19. Oktober 1889, Bd. 24 S. 82, führt aus, daß die Proteſterhebung auch gegenüber einer Perſon rechtsgültig erfolgen kann, die zum Abſchluß von Rechtsgeſchäften für den Proteſtaten nicht befugt iſt.

„Es muß genügen, wenn ſich aus dem Proteſte Thatſachen ergeben, welche bei Unterſtellung eines ordnungsmäßigen Geſchäftsganges des Proteſtaten für einen ſorgfältig handelnden Präſentanten die Annahme rechtfertigen durften, daß die Perſon, mit welcher er verhandelte, zur Abgabe der von ihm gegebenen Erklärung bevollmächtigt war. Dabei kommt es nicht lediglich auf die ausdrücklich normirten Vertretungen, ſondern auch auf

die thatsächlichen Geschäftseinrichtungen und die aus ihnen zu ziehenden Folgerungen, ja auch schon auf durch die Natur der Verhältnisse begründete Voraussetzungen des Vorhandenseins bestimmter Geschäftseinrichtungen an. Denn es ist hier nicht der gleiche Maßstab wie an das Vorhandensein einer Vollmacht zur Eingehung von Rechtsgeschäften und an die Prüfung dieser Vollmacht seitens des Gegenkontrahenten anzulegen. . . . Der Protest ist nicht dazu bestimmt, neue Verbindlichkeiten zu begründen, sondern soll nur zum Beweise einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorgenommenen Handlung dienen. Ein Zahlungsbegehren soll gestellt und die Antwort darauf entgegengenommen und beides beurkundet werden. . . . Für die Vertretung eines Geschäftsinhabers in der Beantwortung solcher Zahlungsbegehren, wie sie bei einer Bank zum laufenden Tagesverkehr gehören, kann aber die Vollmacht in Einrichtungen und Vorkehrungen enthalten sein, welche für Begründung einer Vollmacht zu Rechtsgeschäften unzureichend sein können. Und es erscheint auch nicht erforderlich, daß für die Person, gegen welche sich der Vorzeiger des Wechsels des Zahlungsbegehrens entledigt, die Vollmacht zur Erklärung . . . wirklich besteht, wenn nur der Anschein des Bestehens einer solchen, sei es auch nur durch Unterlassungen geeigneter Gegenvorkehrungen oder durch Unregelmäßigkeiten, die sich im inneren Geschäftsbetriebe ereignen, erregt wird."

## Internationales Wechselrecht.

### 28.

Daß die Wechselverbindlichkeiten aus Wechseln, welche zwar nicht den Anforderungen des Wechselrechts des wahren Ausstellungsortes, wohl aber den Erfordernissen des im Datum der Urkunde angegebenen Ausstellungsortes entsprechen, gültig

ſind, hat der IV. Civilſenat unter dem 15. Januar 1884 — Bd. 32 S. 115 — in Uebereinſtimmung mit der herrſchenden Anſicht erkannt.

29.

Für die Haftung des Traſſanten iſt nicht das Recht des Ausſtellungsortes, ſondern das des Erfüllungsortes maßgebend.

III. Civilſenat, 5. Novbr. 1889, Bd. 24 S. 114.

## Civilrechtliche Verhältniſſe.

30.

„Die Hingabe eines Wechſels über eine Kaufgeldſchuld erfolgt in der Regel nicht an Zahlungsſtatt, ſtellt vielmehr nur einen Verſuch der Zahlung dar, ſodaß, wenn die Einlöſung des Wechſels nicht erfolgt, der Verkäufer den Käufer für ſeine Kaufgeldforderung in Anſpruch nehmen kann.“ Doch „kann die Abſicht der Parteien im konkreten Fall allerdings dahin gehen, den urſprünglichen Schuldner durch die Hingabe und Annahme eines Wechſels vollſtändig aus ſeiner Verbindlichkeit zu entlaſſen“, und es kann eine ſolche Abſicht „auch ſchon aus den Umſtänden und aus konkludenten Handlungen gefolgert werden“. Dazu genügt aber nicht, daß der Kauf „auf Dreimonatsaccept mit der Klauſel, Rembours auf das Bankhaus N. N. in X.“ abgeſchloſſen iſt, und demenſprechend der Käufer dem Verkäufer „das Accept eines von dieſem ſpeziell bezeichneten Bankiers“ übergeben hat, welchem der Käufer vorher volle Deckung geleiſtet hat.

I. Civilſenat, 15. Febr. 1893, Bd. 31 S. 110 ff.

31.

Der II. Civilſenat, 20. Febr. 1891, Bd. 27 S. 89, ſpricht als „feſtſtehenden Rechtsgrundſatz“ aus:

„Der Gläubiger, dem sein Schuldner einen auf einen Dritten gezogenen oder einen von ihm selbst acceptirten, jedoch bei einem Dritten domizilirten Wechsel zahlungshalber übergeben hat, ist zunächst verpflichtet, mittels dieses Wechsels Zahlung zu suchen und kann nur dann auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen, wenn er ohne sein Verschulden von dem Dritten bezw. dem Domiziliaten Zahlung nicht erhalten konnte."

Die weitere Ausführung fügt hinzu, daß, wenn der auf den Schuldner gezogene und von diesem acceptirte Domiziliatenwechsel die Protesterlaßklausel trage, bei Unterlassung der Protesterhebung nach erfolgter Zahlungsverweigerung der Schuldner zwar aus dem Accept nicht auf mehr als die Bereicherung hafte, dagegen dem Rückgriff auf die Klage aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältniß ausgesetzt bleibe „Die Unterlassung der Protesterhebung für den Gläubiger hat nicht unter allen Umständen die Folge, daß er nicht mehr auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen darf. Dieses Zurückgreifen muß ihm vielmehr dann gestattet sein, wenn er Zahlung weder erhielt, noch erhalten konnte, und der Schuldner durch die Unterlassung des Protestes in keiner Weise geschädigt worden ist."

## Berechnung der Revisionssumme bei Wechselprozessen.

### 32.

Für die Frage nach Zulässigkeit der Revision ist es bei Regreßansprüchen aus Wechseln über genau oder nahezu 1500 Mark von durchgreifender Bedeutung, ob die Provision und die Protest- und sonstigen Kosten als Theil der Hauptforderung oder als Nebenforderungen zu betrachten sind.

Diese Frage hat das Reichsgericht in letzter Zeit zwei Mal

beſchäftigt (VI. Civilſenat, 28. Januar 1892, Bd. 29 S. 333; I. Civilſenat, 9. Dezember 1893, Bd. 32 S. 76). Darüber freilich, daß Proviſion und Koſten des gegenwärtigen Regreßnehmers, alſo des Klägers, nur Nebenforderungen ſind, beſteht keine Meinungsdifferenz (vergl. III. Civilſenat, 23. Dez. 1879, Bd. 1 S. 228, II. Civilſenat, 10. Juli 1883, Bd. 9 S. 411). Es handelt ſich vielmehr nur darum, ob auch beim Rembourſsregreß die in der Regreßſumme, welche ein Rembourſsregredient ſeinem Nachmanne gezahlt hat, ſteckenden Koſten u. ſ. w. als Nebenforderungen gelten; und zwar näher: ob ſie als Nebenforderungen nur dem Acceptanten oder auch dem Ausſteller und dem Indoſſanten gegenüber gelten.

Der VI. Civilſenat betrachtet ſie dem Acceptanten gegenüber als Nebenforderung, der I. Senat dem Ausſteller und dem Indoſſanten gegenüber als Theil des Hauptanſpruchs. Jener ſtützt ſich darauf, daß nach W.O. 23 der Acceptant nur auf die Wechſelſumme haftet, dieſer darauf, daß nach W.O. 51 der Berechnung beim Rembourſsregreß die Regreßſumme zu Grunde liegt.

Es iſt ein offenbares Unding, beide Entſcheidungen neben einander aufrecht zu halten.

Der Unterſchied zwiſchen der Haftung des Acceptanten und der des rembourſsregreßpflichtigen Indoſſanten liegt nicht darin, daß der erſtere prinzipiell auf die Wechſelſumme, der letztere prinzipiell auf die von dem Regredienten gezahlte Regreßſumme haftet.

Die Regreßverpflichtung beider iſt vielmehr identiſch. Beide haften für die Wechſelſumme und den nach den Vorſchriften über den Wechſelregreß zu berechnenden Schaden, der in Folge Nichtzahlung des Wechſels eintritt. Dieſer Schaden wird beiden gegenüber gleich berechnet.

Wenn der Rembourſsregredient aus einem Wechſel über

1500 M. seinem Nachmann 1600 M. hat zahlen müssen, so kann er diese 1600 M. nebst seiner Provision (1/2 Proz. von diesen 1600 M.), Zinsen und Kosten gleicherweise von einem vorstehenden Indossanten und vom Acceptanten fordern: er kann gegen beide im selben Prozeß klagen — und es ist ein Unding, zu sagen, daß die in diesem Prozesse ergehende Entscheidung gegen den Indossanten revisibel ist, weil die Hauptforderung 1500 M. übersteigt, gegen den Acceptanten nicht revisibel ist, weil die Hauptforderung 1500 M. nicht übersteigt.

Die Hauptforderung ist in beiden Fällen die gleiche. Aber wie hoch ist sie?

Man könnte sagen: vom Standpunkt des Beklagten aus nur 1500 M., denn er hat sich verpflichtet, für Zahlung der Wechselsumme von 1500 M. einzustehen; vom Standpunkt des Klägers aus dagegen 1600 M., denn diese von ihm gezahlte Summe liegt seiner Regreßforderung zu Grunde. Und offenbar beruht die Verschiedenheit der beiden citirten Erkenntnisse in Wahrheit nicht auf einem — nicht vorhandenen — Unterschied in der Stellung des Acceptanten und des rembourspflichtigen Indossanten, sondern darauf, daß das eine den Begriff der Hauptforderung vom Standpunkt des Beklagten, das andere ihn vom Standpunkt des Klägers aus aufstellt.

Welcher Standpunkt ist der richtige?

§ 4 der C.Pr.O. sagt: „Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden."

Es fragt sich also: macht der Rembourspflichtige die seinem Nachmanne gezahlten Kosten u. s. w. als Nebenforderung oder als Theil der Hauptforderung geltend?

Das ist offenbar abhängig davon, ob seine Haupt-

forderung auf Zahlung der Wechſelſumme oder auf Schadenserſatz mangels Zahlung gerichtet iſt.

Die Hauptforderung iſt die aus dem Indoſſament unmittelbar bei der Indoſſirung entſpringende. Dieſe Hauptforderung geht auf Zahlung der Wechſelſumme am Verfalltage. Indoſſant, Ausſteller und Acceptant übernehmen ſämmtlich die Verpflichtung, daß die Wechſelſumme am Verfalltage gezahlt werde; ſie „haften", wie die W.O. von allen dreien ſagt (Art. 8, 14, 23 Abſ. 2), für die Zahlung. Darauf beſchränkt ſich die Hauptforderung gegen ſie. Was hinzukommt: Koſten, Zinſen, Proviſion, ſind Nebenforderungen, die erſt in Folge der Nichterfüllung der von ihnen übernommenen Hauptverbindlichkeit entſtehen. Wie dieſe Nebenforderungen beim Regreß berechnet werden, iſt begrifflich gleichgültig: jeder Schadenserſatz, der neben der verſprochenen Hauptleiſtung in Folge nicht rechtzeitiger Erfüllung derſelben verlangt werden kann, fällt unter die Kategorie der Nebenforderungen.

So ergiebt ſich das Reſultat, daß die Hauptforderung aus dem Wechſel ſich ſtets auf die Wechſelſumme beſchränkt. Reviſibel ſind Urtheile in Wechſelprozeſſen nur, wenn die Wechſelſumme ſelbſt 1500 M. überſteigt.

---

## 6. Urheberrecht (Marken-, Patent- und Muſterſchutz).

Beſprochen von Dr. **P. Klöppel**, Rechtsanwalt beim Reichsgericht und Privatdozent in Leipzig.

1) Vom Geſichtspunkte der allgemeinen Rechtsgrundſätze war es vielleicht die wichtigſte Streitfrage auf dem Boden des Markenſchutzgeſetzes vom 30. November 1874, ob die ſog.

deceptive, d. h. auf Täuschung berechnete, Marke unabhängig von ihrer Verwechslungsfähigkeit nach § 18 des Ges. verfolgbar und ungeachtet ihres Eintrages als nichtig zu behandeln sei. Aufs Nachdrücklichste hat Kohler die Bejahung dieser Frage verfochten (Recht des Markenschutzes S. 170: „daß eine solche Marke den rechtlichen Schutz nicht genießen kann, versteht sich von selbst; ein Recht, welches den Zweck hätte, der böswilligen Ausbeutung, der niederträchtigen Arglist Vorschub zu leisten, wäre ein Widerspruch mit allen Prinzipien der Rechtsordnung, es wäre ein rechtliches Unding", vgl. S. 262). Das Reichsgericht hat stetig in entgegengesetztem Sinne entschieden. Es war zuerst der II. Civilsenat, der (Entsch., Bd. 3 S. 69; vgl. 1 S. 26) mit der kurzen Begründung: „das M.G. hat sich, wie schon die Einleitung zu den Motiven des Entwurfs deutlich ergiebt, zur Aufgabe gestellt, den Schutz der Waarenbezeichnungen .. auch civilrechtlich für das Deutsche Reich einheitlich und erschöpfend zu regeln", den weitergehenden Rechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb, den die Rechtsprechung im französischen Rechtsgebiete auf Grund des Art. 1382 des Code civil gewährt hatte, hinfort für ausgeschlossen erklärte und in Verfolg dieser Auffassung im Urth. v. 2. Juli 1886 (bei Bolze III Nr. 225) es für wohlbefugt erachtete, daß bei nicht rechtzeitiger Erneuerung des Eintrages ein Konkurrent auf das Zeichen zugreife und es sich mit Ausschluß des bisher Berechtigten durch Eintrag aneigne. Derselbe Senat hat auch jetzt wieder im Urtheil vom 1. Juni 1894 (Jur. Wochenschr. Nr. 40/43 S. 368 Nr. 25) diese Ansicht festgehalten in einem Falle, in welchem der Berufungsrichter ausdrücklich festgestellt hatte, „es könne gar kein Zweifel bestehen, daß der Beklagte durch Eintragung seines Zeichens und den Gebrauch seiner Etikette die Absicht unlauteren Wettbewerbs bethätigt habe". Das Urtheil begnügt sich, dafür,

„daß aus dem Geſetze ein Rechtsſatz, wonach Zeichen bloß deshalb, weil ihr Gebrauch dem Zwecke unlauteren Wettbewerbs dient, als widerrechtliche anzuſehen ſeien, ſich nicht ergebe", auf frühere Entſcheidungen zu verweiſen, in denen von einer weiteren Begründung dieſes Satzes nichts zu finden iſt. In eingehendſter Weiſe aber hat dieſe der I. Civilſenat im Urth. v. 13. November 1886 (Entſch., 18 S. 93 ff.) unternommen, in einem Falle, in dem der Beklagte einer ausländiſchen Firma mit der Eintragung ihres ſeit lange geführten Waarenzeichens zuvorgekommen war. Der Senat erachtete die vom Berufungsrichter ausgeſprochene Verurtheilung zur Löſchung dieſes Eintrags für rechtsirrthümlich. Das M.G. beruhe weder nach ſeinem ausdrücklichen Inhalte, noch nach ſeinen geſchichtlichen Vorausſetzungen auf der Anerkennung des Verſehens von Waaren mit einem Zeichen als einer an ſich, ſei es in Rückſicht auf die Geltendmachung der Individualität oder auf den Beſitzſtand, Rechtsſchutz verleihenden Bethätigung, für welche die Eintragung im Zeichenregiſter nur eine erhaltende oder den Umfang des Rechts regelnde Bedingung wäre; vielmehr betrachte es das Waarenzeichen als ein lediglich durch den formalen Akt der Anmeldung zur Eintragung zu erzeugendes Recht. Es gebe demnach, abgeſehen von dem tranſitoriſchen Falle des § 9 kein über der Anmeldung ſtehendes materielles Recht auf Anmeldung oder Eintragung, welches durch ein Zuvorkommen eines Anderen verletzt werden könnte (S. 94, 95). Es erſcheine nicht zuläſſig (S. 97) ohne Anhalt im Geſetze aus dem thatſächlich der Anmeldung zu Grunde liegenden Motive und Zwecke wegen ſeiner Nichtübereinſtimmung mit dem vom Geſetze unterſtellten Zwecke über den formellen Eintrag ein materielles Unrecht zu konſtruiren, welches den Rechtserwerb aus dem Eintrage ſchlechthin unwirkſam mache. Den Mißbrauch durch die Anwendung möge

derjenige, gegen den ſich die Anwendung (? Anmeldung) als argliſtiger Angriff kennzeichnen laſſe, im Wege der Abwehr geltend machen (in dieſem Sinne hatte der Senat die Einrede der Argliſt ſchon im Urth. v. 25. April 1885, Entſch., Bd. 13 S. 157 ff. zugelaſſen). In Bezug auf die Schranken der Ausübung im einzelnen Falle ſtehe das Recht unter den allgemeinen Grundſätzen der bürgerlichen Geſetze; aber es ſei nicht in das M.G. ſelbſt eine Zwieſpältigkeit (der oben dargelegten Art) hinein zu tragen. Das Urtheil wendet ſich dann (S. 100) noch ausdrücklich gegen Kohler: es hält ihm den (tranſitoriſchen) § 9 entgegen, der gerade auf der Vorausſicht beruhe, es möchten Dritte das Geſetz zur vorſätzlichen Aneignung im Verkehre als Bezeichnungen der Waaren eines beſtimmten Gewerbetreibenden gekannter und geſuchter Zeichen benutzen. Die Ignorirung dieſes materiellen Unrechts ſeitens des Geſetzes hat auch nichts Auffallendes (S. 101), da der Geſetzgeber ſich einem Rechtszuſtande in großen Theilen Deutſchlands gegenüber befand, nach welchem die Anbringung fremder Zeichen als etwas durchaus Indifferentes galt, war es nicht behindert, das von ihm zu ſchaffende Recht von einem rein formalen Prinzipe aus mit den Vorzügen größter Präziſion und Sicherheit zu begründen, und lag für ihn kein Anlaß vor, dieſes Prinzip durch materielle Prinzipien zu beengen oder zu brechen (!). — Es wird kaum möglich ſein, dieſe Ausführungen, die mit ähnlicher Schroffheit im Urtheil vom 27. April 1887 (Entſch., Bd. 17 S. 101 f.) kurz zuſammengefaßt ſind, mit den ſonſtigen Anſchauungen des I. Civilſenats, insbeſondere ſeiner Aufſtellung eines Erfinderrechts neben und über dem Patentrechte (ſ. u. 2) zu vereinigen. Im Urtheile v. 24. Febr. 1894 (Jur. Wochenſchr. Nr. 18/19 S. 174 f. Nr. 13) finden ſich die Sätze: „Dem Gewerbtreibenden, der ein Waarenzeichen auswählt, kann nicht die Pflicht auferlegt werden, anderen, die

etwa einen unlauteren Wettbewerb unternehmen sollten, die gesetzwidrige Nachahmung des Zeichens zu erschweren. Man wird im Gegentheil davon auszugehen haben, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Gewerbetreibende, der im Wettbewerbe mit anderen ein Waarenzeichen wählt, seinerseits Vorsorge zu treffen hat, daß eine Verletzung der durch Eintragung von Zeichen bereits gesetzmäßig erworbenen Rechte vermieden wird." Soll damit ein Rechtssatz ausgesprochen sein, so würde aus diesem um so viel mehr die Unrechtmäßigkeit der deceptiven Marke folgen. — Wie weit die bisherige Rechtsprechung über diese Frage durch die Bestimmungen des neuen Gesetzes vom 12. Mai 1894 über den Schutz der Waarenbezeichnungen gegenstandslos geworden, ist nicht ohne Weiteres klar. Nach § 4 Nr. 3 dieses Gesetzes ist die Eintragung für solche Waarenzeichen zu versagen, „die ersichtlich den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und die Gefahr einer Täuschung begründen", und entsprechend giebt § 8 Nr. 3 dem „Dritten" das Recht, die Löschung solcher Waarenzeichen zu beantragen. Damit sollen, wie der Komm. von Seligsohn (S. 63) aus S. 13 der Motive herausliest, auch die Zeichen getroffen sein, „welche das Publikum irre führen wollen". Indes von einer Absicht der Täuschung sagt der Wortlaut des Gesetzes nichts, und es kann darum bezweifelt werden, ob unter der Gefahr der Täuschung etwas anderes zu verstehen ist, als die „Gefahr der Verwechslung", von welcher der (den § 18 des M.G. ersetzende) § 20 spricht. Sollte aber bei der „Gefahr der Täuschung" in den §§ 3 und 8 auch an die Gefahr der Verwechslung mit nicht eingetragenen Zeichen zu denken sein, so hätte das Gesetz den formalen Boden in einer weit über das Ziel hinausschießenden Weise verlassen. Indes ist der thatsächliche Boden des Streits jedenfalls sehr verengt durch den

§ 15 des neuen Gesetzes, der bei Strafe untersagt, Waaren oder deren Verpackung ꝛc. „mit einer Ausstattung, welche innerhalb betheiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waare eines Anderen gilt", ohne dessen Genehmigung zu versehen u. s. w. Die meisten Streitigkeiten entstanden, wie auch im Falle des angeführten Urtheils vom 1. Juni 1894, daher, daß die „deceptive" Marke nicht dem eingetragenen Waarenzeichen, sondern der nicht eingetragenen Ausstattung nachgeahmt war, in welcher jenes thatsächlich Verwendung fand. Auch ist durch § 5 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Vorkehrung gegen die Aneignung eines nicht rechtzeitig erneuerten Zeichens durch einen Anderen getroffen.

2) Den Ausführungen der Urtheile vom 13. November 1886 und vom 27. April 1887 lag der an sich zweifellos richtige Gedanke zu Grunde, daß in rein privatrechtlicher Beziehung die arglistige Absicht, zu täuschen, nur insoweit rechtswidrig ist, als ihre Verwirklichung in ein bestehendes Recht eines Anderen schädigend eingreift. Dieser Gedanke aber traf die Kohler'sche Ansicht gerade dann nicht, wenn mit jenen Urtheilen angenommen wird, daß die Berechtigung auf ausschließlichen Gebrauch eines Waarenzeichens erst durch den Formalakt der Anmeldung zur Eintragung, also vermittels einer öffentlichen Veranstaltung entstehe. Denn Kohler geht ja eben davon aus, daß durch einen ihrem Zwecke widersprechenden Mißbrauch einer öffentlichen Einrichtung ein Privatrecht nicht erworben werden könne, und dieser Gedanke ist ganz unabhängig von dem Eingriffe in bestehende Rechte Anderer. Nun aber hat der I. Civilsenat gerade diesen auf dem Gebiete des Markenschutzes von ihm verkannten Gedanken im Widerspruch mit seinem eigenen Grundgedanken auf dem Gebiete des Patentrechts verwendet, um einen Anspruch aus arglistigem Verhalten unabhängig von dem formalen Rechte des Patents

aufzubauen. In zwei Entſcheidungen vom 29. Oktober 1883 und 2. Februar 1887 (die letzte mitgetheilt bei Bolze 4 Nr. 205) hat der Senat aus dem allgemeinen Satze: „wer ſich verpflichtet hat, für den Anderen thätig zu ſein, iſt verbunden, dasjenige zu thun, damit der Andere das ihm gebührende Produkt der Thätigkeit erwerben und benutzen könne", die Folgerung gezogen: „war die Thätigkeit, deren Ergebniß die Erfindung iſt, vertragsmäßig zu Gunſten eines Anderen zu verwenden, ſo hat dieſer dem Erfinder gegenüber den Anſpruch darauf, daß derſelbe ihm die Möglichkeit gewähre, die Rechte des Erfinders geltend zu machen, namentlich das Patent zu erlangen, und wenn der Erfinder das Patent ſich hat ertheilen laſſen, die Uebertragung desſelben zu fordern". Dieſe Annahme indes ſetzt nicht nothwendig ein vom Patent unabhängiges Recht des Erfinders, ſondern nur den vertragsmäßigen Anſpruch auf Gewährung der thatſächlichen Möglichkeit voraus, die Erfindung zur Patentertheilung anzumelden; das „Erfinderrecht" wird vielmehr ganz unbefangen als Gegenſtand der Ausbeutung durch den Dienſtherrn behandelt. Bei der Entſcheidung vom 10. Mai 1890 (Bolze, 10 Nr. 159) lag die nicht reviſible Feſtſtellung eines preußiſchen Berufungsgerichts vor, daß nach gemeinem Rechte der Beklagte, der auf eine im Dienſte des Klägers wahrgenommene Erfindung ſich ein Patent hatte ertheilen laſſen, obwohl ſein Dienſtvertrag ihm nicht nur Verſchwiegenheit über alle vom Dienſtherrn als die ſeinigen in Anſpruch genommenen Erfindungen auferlegte, ſondern dieſem auch das „geiſtige Eigenthum" auf die vom Angeſtellten während der Vertragszeit gemachten Erfindungen vorbehielt, zur Uebertragung des Patents verbunden ſei; das Reichsgericht hat nur ausgeſprochen, daß das Patentrecht einen ſolchen Anſpruch nicht ausſchließe. Auch hier war, ſoweit erſichtlich, nicht die Entnahme einer fremden

Erfindung als unerlaubte Handlung, ſondern die verletzte Vertragsverbindlichkeit Grund des zuerkannten Anſpruchs. Von dieſen Entſcheidungen zu der Annahme des Urth. v. 28. Mai 1892 (Entſch., Bd. 29 S. 49 ff.), die Behauptung, „daß der Beklagte den weſentlichen Inhalt ſeiner Patentanmeldung den Einrichtungen der Klägerin ohne deren Einwilligung argliſtiger Weiſe entnommen habe", enthalte den ſchlüſſigen Klagegrund einer gegen die Klägerin gerichteten „unerlaubten Handlung", deren Unerlaubtheit doch in nichts Anderem beſtehen ſoll, als daß ſie vorſätzlich verübt worden, iſt alſo immer noch der Sprung gemacht, der das im Urth. v. 27. April 1887 (Entſch. Bd. 17 S. 102 u. f.) erforderte Recht erſchleicht, ohne das die vorſätzliche Handlung nicht in den Rechtskreis eines Anderen eingreifen kann. Die Ausführungen des Urth. v. 28. Mai 1892, daß „die Patentgeſetzgebung ſich darauf beſchränkt, den Schutz der Erfindungen inſoweit zu regeln, als dieſelben zur Anmeldung und Ertheilung eines Patents Anlaß geben". . dadurch werde aber „die Schlußfolgerung, daß es Rechte an nicht angemeldeten oder nicht patentirten Erfindungen nicht gebe, in keiner Weiſe begründet". „ es ſei im Kommiſſionsbericht zum Geſetze vom 25. Mai 1877 ausgeſprochen, daß mit dem Begriffe des „wirklichen Erfinders" ein ganz neuer Begriff in das Geſetz eingeführt werden würde, der geſammte Inhalt des Berichts ergebe auch das völlige Einverſtändniß der verbündeten Regierungen mit der Kommiſſon, daß eine Regelung der aus Erfindungen ſich ergebenden Rechtsverhältniſſe, abgeſehen von den zu erlaſſenden patentrechtlichen Vorſchriften, überhaupt nicht Gegenſtand des Geſetzes ſei (S. 51 a. a. O.) — ſcheinen nun ſo bündig als möglich den Gedanken auszuſchließen, daß ein Recht an der Erfindung unabhängig vom Patent aus dem Patentgeſetze von 1877 abzuleiten wäre, und nur den „weitergehenden Anſprüchen des bürgerlichen Rechts"

ihre Geltung neben diesem Gesetze sichern zu sollen; auch geht das Urtheil in der That (S. 52) auf die „erforderliche Prüfung" ein, ob die streitigen Ansprüche „an sich auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts gestützt werden können". Aber schon derselbe Satz sagt weiter, es bedürfe keiner Erörterung der Frage, „welches der Inhalt des sog. geistigen Eigenthums im Allgemeinen und des Rechtes an einer Erfindung im Besonsonderen sei; im vorliegenden Falle handle es sich um die angeblich arglistige Entnahme des wesentlichen Inhalts der Patentanmeldung des Beklagten aus den Einrichtungen der Klägerin, es handle sich mithin um die behauptete Verletzung eines Rechts, dessen Bestehen in § 3 Abs. 2 des maßgebenden Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 unzweideutig dadurch anerkannt sei, daß dem Betroffenen ein Schutzmittel gegen die Folgen der Verletzung gewährt werde". Nun soll also doch eben *das* Gesetz ein Privatrecht an der Erfindung unabhängig vom Patent begründen, von dem die vorhergehende Ausführung dargelegt hat, daß „die Regelung der aus Erfindungen sich ergebenden Rechtsverhältnisse, abgesehen von den *patentrechtlichen* Vorschriften" *nicht* sein Gegenstand sei! Und diese Begründung soll in einer Vorschrift zu finden sein, die dem von der „Entwendung" Betroffenen *kein anderes* „Schutzmittel" gegen die Folgen der Verletzung gewährte als durch seinen Einspruch die Patentertheilung an den Entwender zu hindern, eben damit aber zu bewirken, daß die Erfindung ins Freie fiel, also die Folgen der Verletzung vielmehr unwiderruflich wurden! Hier ist aber die Stelle, an der das Reichsgericht aus seinem beim Markenschutz festgehaltenen Gedanken in den dort bekämpften *Kohler*'schen Gedanken hinübergleitet. Das deutsche wie jedes Patentgesetz hat den *Zweck*, dem *Erfinder* die Ausnutzung seiner Erfindung zu sichern. Aber bei der rechtlichen Konstruktion dieses Zwecks

erwies ſich der Begriff des „wirklichen Erfinders" darum als unbrauchbar, weil die Erfindung als rein geiſtiger Vorgang niemals poſitiv erweislich iſt — kann doch der Erfinder ſelbſt unbewußt einen irgendwie aufgenommenen fremden Gedanken ausgeführt haben und ſo gutgläubig eine fremde für ſeine eigene Erfindung halten. Das Geſetz hat alſo den (öffentlich-rechtlichen) Anſpruch auf Ertheilung des Patents an die Anmeldung knüpfen müſſen, in der Unterſtellung zwar, daß dieſe entweder von dem Erfinder ſelbſt oder mit deſſen Genehmigung erfolgen werde, aber ohne darüber einen Nachweis zu erfordern. Läßt ſich aber im einzelnen Falle das Gegentheil feſtſtellen, ſo kann nach dem Gedanken Kohler's aus dem argliſtigen Mißbrauch einer öffentlichen Einrichtung kein Privatrecht entſtehen, ohne Rückſicht auf die Schädigung irgend eines Einzelnen. Daß der Einſpruch des Geſchädigten erfordert wird, hat den guten Sinn, daß nur ſo der Mangel ſeiner Genehmigung feſtgeſtellt werden kann; ſein Geſchehenlaſſen muß rechtlich als mindeſtens nachträgliche Genehmigung behandelt werden. Von dieſer Befugniß, unter Preisgebung der Erfindung die Entſtehung eines fremden Patentrechts zu verhindern, zu einem beſtehenden Recht an der Erfindung, bleibt alſo ein Gedankenſprung. Ob die Lücke nunmehr durch den im Geſetz vom 7. April 1891 dem § 3 Abſ. 2 gegebenen Zuſatz ausgefüllt iſt, muß nach den eigenen Annahmen des Urth. v. 28. Mai 1892 immer noch bezweifelt werden. Denn daß der Einſprechende die Ertheilung des Patents für ſich vom Tage der Bekanntmachung der rechtswidrigen Anmeldung verlangen kann, iſt auch nur eine patentrechtliche Vorſchrift, aus welcher die Anerkennung eines ſchon vorher beſtehenden Privatrechts nicht gefolgert werden kann, wenn das neue Geſetz wie das alte Rechtsverhältniſſe an Erfindungen unabhängig von der

Patentertheilung nicht zum Gegenſtande hat. Daß die Patentanmeldung „den Einrichtungen der Klägerin entnommen" iſt, beſagt privatrechtlich nur, daß dieſe ſich in der thatſächlichen Benutzung der Erfindung als eines ſog. Fabrikgeheimniſſes befunden hat, und in dieſer Thatſache allein liegt kein Grund, einen weitergehenden Schutz zu gewähren wie für jedes andere Fabrikgeheimniß und für die thatſächliche Verwendung eines nicht eingetragenen Waarenzeichens. Das Reichsgericht hat aber auch bei Nichtigkeitsklagen ſich ſtetig (vgl. Urth. v. 28. Oktober 1884, Patentbl. 1888, Nr. 37, Gareis VI S. 37 ff., Urth. v. 28. Juni 1890, Patentbl. Nr. 34) auf den Boden der ſog. Kontraktstheorie geſtellt, nach welcher der Patentſchutz bedingt iſt durch die Darlegung der Erfindung in der Art, daß ſie nach Ablauf der Schutzfriſt auch allgemein benutzbar wird, „es iſt dem Patentſucher verwehrt, ſich den Vortheil des Patentſchutzes für das offengelegte Verfahren zu verſchaffen und (zu geheimer eigener Verwerthung) Momente zu verſchweigen, bei deren Kenntniß das patentirte Verfahren ſich vortheilhafter gewerblich verwerthen läßt als ohne dieſe Kenntniß" (Gareis, S. 67), und vollends ein Patent zu erlangen auf eine Darlegung, nach welcher ſich der Gegenſtand der Erfindung überhaupt nicht darſtellen läßt, während er die nothwendigen Ergänzungen als ſein Geheimniß bewahrt. Auch mit dieſem Grundſatze iſt es ſchwer vereinbar, demjenigen, der es vorgezogen hat, die Erfindung als ſein Geheimniß zu benutzen, und dann verſäumt, gegen die Anmeldung eines Anderen Einſpruch zu erheben, einen privatrechtlichen Anſpruch auf Uebertragung des von dieſem erlangten Patents zu geben. Für die Rechtſprechung iſt gewiß nicht geſagt, daß die rechte Hand nicht wiſſen ſoll, was die linke thut; vielmehr iſt der folgerichtige Zuſammenhang der Entſcheidungen für das Rechtsleben von größerer Bedeutung, als der Werth der einzelnen

Ausſprüche für ſich. Endlich iſt noch darauf hinzuweiſen, daß der dem § 3 Abſ. 2 entſprechende Nichtigkeitsgrund des § 10 Nr. 2 (jetzt Nr. 3), der nach § 27 (jetzt § 28 Abſ. 2) nur von dem „Verletzten" geltend gemacht werden kann, keinen erſichtlichen Zweck haben würde, wenn mit dem Reichsgericht ſchon aus § 3 Abſ. 2 ein Recht herauszuleſen wäre, deſſen Verletzung den Anſpruch auf Uebertragung des Patents begründen würde. Denn die Folgerungen, mit welchen das Urth. v. 28. Mai 1892 auf dem Boden des preuß. Landrechts dieſen Anſpruch aus der argliſtigen Rechtsverletzung ableitet, würden ebenſo für jedes andere deutſche Rechtsgebiet zutreffen; der Verletzte könnte alſo in keinem Falle ein Intereſſe daran haben, ein Recht zu zerſtören, auf deſſen Uebertragung er Anſpruch hätte.

3) Ein eigenthümlicher Konflikt zwiſchen Geſetzgebung und Rechtſprechung iſt auf dem Boden des neuen Patentgeſetzes vom 7. April 1891 bei dem Urtheil des I. Civilſenats des Reichsgerichts vom 7. Juli 1894 (Entſch. 33 S. 149 ff.) zu Tage getreten. Schon nach dem Geſ. v. 25. Mai 1877, obwohl dieſes eine ausdrückliche Beſtimmung darüber nicht enthielt, war es nicht zweifelhaft, daß auch die theilweiſe Nichtigkeit eines Patents ausgeſprochen werden könne, wenn der Nichtigkeitsgrund nicht den ganzen Inhalt des Patents, ſondern nur einen abtrennbaren Theil des Anſpruchs traf. Mit dieſem Falle aber hatte nicht nur das Patentamt, ſondern zeitweilig auch das Reichsgericht (wie im Urtheil des II. Civilſenats vom 20. März 1883 bei Gareis IV S. 239 ff.) den davon ganz verſchiedenen der Abhängigkeit eines ſpäteren von einem früheren Patente zuſammengeworfen, bei welchem jenes in keinem Theile ſich mit dieſem deckt, aber die Erfindung des zweiten nicht ohne Benutzuug der des erſten angewendet werden kann. Durch die Urtheile des I. Civilſenats vom

9. Juni und 24. November 1894 wurde aber der Unterſchied beider Fälle mit aller Schärfe dargelegt: „Die Nichtigkeitserklärung verneint die Rechtsgültigkeit des ertheilten Patents, welche die Abhängigkeitserklärung zur nothwendigen Vorausſetzung hat, da ein nicht zu Recht beſtehendes Patent auch nicht von einem anderen abhängig ſein kann. Die Abhängigkeitserklärung ſetzt ein früheres Patent voraus, zu welchem das ſpätere in einer gewiſſen die Abhängigkeit begründenden Beziehung ſteht, für die Nichtigkeitserklärung iſt es gleichgültig, ob die frühere Erfindung, wegen deren Veröffentlichung oder offenkundigen Benutzung der patentirten Erfindung die Neuheit abgeſprochen wird, patentirt war oder nicht. Art und Umfang der Beſchränkung, welche die Befugniſſe des Patentinhabers durch beide erfahren, ſind durchaus verſchieden. Die Nichtigkeitserklärung beſeitigt das Patent mit Wirkung gegen Jedermann, die Abhängigkeitserklärung beſchränkt nur den Inhaber des ſpäteren gegenüber dem des früheren Patents, ſo daß beim Erlöſchen des letzteren das erſtere von jeder Beſchränkung frei wird. Daraus folgt, daß die Abhängigkeit ein Verhältniß zwiſchen zwei beſtehenden Privatrechten iſt, alſo ein Streit darüber begrifflich unter die bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, alſo nach § 13 des G.V.G. zur Zuſtändigkeit der ordentlichen Gerichte gehört, und dieſer auch nicht durch § 27 (jetzt 28) des Pat.-Geſ. entzogen iſt, da die Abhängigkeit als ein weſentlich Verſchiedenes in der Nichtigkeit nicht enthalten ſein kann". So klar dieſe Unterſcheidungen für den Juriſten ſind, ſo vergeblich war das Bemühen des Reichsgerichtsraths Bolze, ihn der Patentenquete-Kommiſſion von 1886 (Sten. Ber. § 83 f.) einleuchtend zu machen. Die Intereſſenten wünſchten einen Ausſpruch des Patentamts über die Abhängigkeit bei Ertheilung des neuen Patents, aber ſie ſo wenig wie die Mitglieder der Kommiſſion hatten Sinn

dafür, daß, wenn dieser Ausspruch ebenso wie die Patentertheilung für die über Patentverletzungen erkennenden Gerichte bindend sein sollte, das Patentamt durch eine ungerechtfertigte Abhängigkeitserklärung das Recht des früheren Patentinhabers erweitern, aber ebenso durch ungerechtfertigte Ertheilung des neuen Patents ohne Abhängigkeitserklärung in jenes erworbene Recht eingreifen würde, so daß mit gleich gutem Grunde auch im Uebrigen die Entscheidung über Patentverletzungen dem Patentamte zu überlassen wäre. Vielmehr steifte sich die Kommission in ihren Vorschlägen (Bericht S. 13, 14) auf den Denkfehler, die Abhängigkeit mit „theilweiser Uebereinstimmung" zu verwechseln; die Verfasser des Entwurfs zum Pat.-Ges. v. 7. April 1891 glaubten mit dem Zusatz zu § 3 Abs. 1 des Ges. „eine spätere Anmeldung kann nur insoweit Anspruch auf ein Patent begründen, als die Erfindung nicht Gegenstand des Patentes des früheren Anmelders ist", auch die Abhängigkeit der späteren Anmeldung von dem früheren Patent zu treffen (Begründ. S. 13), und der Bericht der Reichstagskommission (S. 5) versichert mit gleicher Zuversicht, die Vorlage entscheide die entstandenen Zweifel „entgegen der vom Reichsgericht seit dem November (?) 1884 befolgten Praxis". Bolze, der in seiner Schrift über den Entwurf der Patentnovelle (S. 129 ff.) noch einmal warnend diese Begriffsverwechselung aufgedeckt hatte, äußerte in einer Besprechung des abgeschlossenen Gesetzes in Wengler's Arch., N. F. I. S. 241 ff.: „Ich ziehe in Zweifel, ob die gerichtliche Praxis hierin der Auffassung der Kommission folgen wird. Gegenstand der Beschlußfassung der patentertheilenden Behörde ist ausschließlich das Patent, welches ertheilt wird, niemals ein Patent, welches bereits ertheilt ist. Auch der Gesetzgeber steht unter der Herrschaft des den Menschen einmal beschränkenden Gesetzes, daß sich Zwecke nicht ohne Anwendung der passen-

den Mittel erreichen laſſen." Das vorliegende Urtheil vom 7. Juli 1894 hat dieſen Zweifel beſtätigt. Es ſpricht aus, daß auch in dem neuen Patentgeſetze weder dem Patentamte die Befugniß gegeben ſei, bei Ertheilung eines Patents ſeine Abhängigkeit von einem früheren Geſetze in einer die Gerichte bindenden Weiſe zu erklären, noch die Nichtigkeitsklage dazu führen könne, daß im Patentſtreitverfahren auf ſolche Abhängigkeit erkannt werde. Auch in der Faſſung des neuen Geſetzes geſtatte § 3 Abſ. 1 nur inſoweit ein Patent zu beſchränken, als es Gegenſtand eines früheren Patents ſei; das abhängige Patent aber ſei, wie in erſchöpfender Ausführung gezeigt wird, niemals auch nur theilweiſe Gegenſtand eines früheren Patents, da vielmehr, wo dies zuträfe, theilweiſe Nichtigkeit, aber nicht bloße Abhängigkeit vorliegen würde. So könne auch der Wortlaut von § 10 des neuen Geſetzes eine Klage auf Abhängigkeitserklärung nicht begründen, ſchon weil er wieder nur von Nichtigkeit, aber nicht von Abhängigkeit ſpreche, dann aber auch, weil dies zu der widerſinnigen Folge führe, daß, da der Fall der Nr. 3, in welcher die Klage nach § 28 ausſchließlich dem Verletzten gegeben iſt, hier nicht zutreffe, jeder Dritte befugt ſein würde, die Abhängigkeitserklärung ausſprechen zu laſſen, während bei dieſem Verhältniſſe ausſchließlich die Inhaber der beiden Patente betheiligt ſind.

Weiter wird dargelegt, daß über den begrifflichen Unterſchied von Nichtigkeit und Abhängigkeit in Geſetzgebung, Rechtſprechung und Literatur des Auslandes, insbeſondere Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten kein Zweifel beſtehe. Es folgt endlich eine Auseinanderſetzung mit den Motiven des neuen Geſetzes, die mit einer Auslaſſung von allgemeinſter Tragweite ſchließt: „Geſetzgeber waren weder die Verfaſſer des Entwurfs, noch die Verfaſſer von deſſen Be-

gründung, noch die Kommiſſion des Reichstages. Vielmehr beruht die deutſche Reichsgeſetzgebung auf den Beſchlüſſen des Reichstages, des Bundesrathes und der Ausfertigung und Verkündigung des Kaiſers. Dieſe Handlungen haben aber den Geſetzentwurf und das Geſetz in beſtimmter Faſſung zum Gegenſtande, nicht die Folgerungen, welche der Verfaſſer der Begründung aus den vorgeſchlagenen und angenommenen Beſtimmungen gezogen hat, nicht die Abſichten, welche die Urheber des Geſetzentwurfs und die Kommiſſion bei den gewählten Formulirungen verfolgt haben, deren Abſichten und Folgerungen ſind alſo auch durch die Beſchlüſſe des Bundesrathes und Reichstages nicht ſanktionirt. Begründung und Reichstagsverhandlungen können ja unter Umſtänden zur Auslegung dunkler und zweideutiger Beſtimmungen des Reichsgeſetzes als Hülfsmittel benutzt werden. Sie ſind aber nicht geeignet, als Erſatz deſſen zu dienen, was nicht ausgeſprochen iſt, weil es irrthümlich als ſelbſtverſtändlich oder als Folge des Ausgeſprochenen angeſehen wurde.“ Es läßt ſich noch hinzufügen: Denkfehler können ſo wenig durch Geſetz wie durch Richterſpruch zu Rechtsſätzen erhoben werden. — Daß der I. Civilſenat, bei welchem jetzt erfreulicherweiſe Patentverletzungs- wie Patentſtreitſachen vereinigt ſind, von dieſer wohlerwogenen Anſicht abgehen ſollte, erſcheint zur Zeit ausgeſchloſſen. Sollte ſich die Geſetzgebung in der Frage noch einmal in Bewegung ſetzen, ſo würden wohl die von Bolze (Wengler's Arch. a. a. O.) im Anſchluß an die oben mitgetheilten ausgeſprochenen Worte zu ihrem Rechte kommen: „Bei dem Suchen nach (paſſenden) Mitteln würde man auf die ſchwer überwindlichen Schwierigkeiten geſtoßen ſein, welche ſich (der Erreichung des Zwecks) entgegenſtellen. Auch hier gilt der Satz: die Aufzeichnung des Problems iſt noch nicht die Erfindung.“

## B. Civilprozeß.

### 1. Zur prozeſſualiſchen Behandlung des beneficium competentiae.

Beſprochen von **Otto Fiſcher.**

Das Urtheil des Reichsgerichts (III. Civilſenat) vom 1. Mai 1894 (Entſch. in Civilſachen 33, Nr. 99 S. 378) beſchäftigt ſich in einem gemeinrechtlichen Falle mit der Frage, ob und inwieweit ein Kompetenzrecht, welches im Rechtsſtreit über die Forderung nicht vorgeſchützt war, noch gegenüber der rechtskräftigen Verurtheilung als „Einwendung, welche den durch das Urtheil feſtgeſtellten Anſpruch betrifft", im ſelbſtändigen Rechtsſtreit nach § 686 C.P.O. mit Erfolg geltend gemacht werden kann.

Nachdem der Entwurf des B.G.B. zweiter Leſung (§ 466) das in erſter Leſung beſeitigte beneficium competentiae mit vollem Recht wieder eingeführt hat, wird die Frage von dauerndem Intereſſe bleiben und deshalb eine Beſprechung der Entſcheidung gerechtfertigt ſein. Der Kürze wegen ſoll dabei das Verhältniß, auf welches ſich das beneficium competentiae gründet (Schenkung, Dos, Verwandtſchaft ꝛc.), als abſtrakte, und der Umſtand, daß bei Erfüllung der Schuld das zum Leben Erforderliche nicht mehr vorhanden ſein würde, als konkrete Kompetenzvorausſetzung bezeichnet werden.

Der Schuldner war rechtskräftig verurtheilt, ſeinem Schwiegerſohn als Mitgift ſeiner Tochter 1800 M. zu zahlen. Er hatte in dieſem Prozeſſe das ihm in abstracto unzweifelhaft bereits zuſtehende Kompetenzrecht nicht vorgeſchützt. Er verſuchte es nun, nach Beginn der Zwangsvollſtreckung auf dem Wege des § 686 C.P.O. die Aufhebung der Zwangsvollſtreckung durchzuſetzen. Als thatſächlicher Umſtand, der in

dem Vorprozeſſe noch nicht geltend gemacht werden konnte, iſt hervorgetreten, „daß ſich die Vermögenslage des Schuldners durch Einziehung einer Forderung von 1200 M. etwas geändert habe". Gleichwohl iſt die Klage in allen 3 Inſtanzen abgewieſen, und zwar vom Reichsgericht deshalb, weil „das Berufungsgericht in thatſächlichen, der Nachprüfung nicht unterliegenden Erwägungen ausgeführt habe, daß dieſe geringe Vermögensverminderung nicht geeignet ſei, das beneficium competentiae, ſofern es bis dahin nicht begründet war, nunmehr als begründet erſcheinen zu laſſen, der Fall der nachträglichen Entſtehung alſo nicht vorliege".

Der Fall giebt zunächſt Veranlaſſung zur Wiederholung des Wunſches, daß die Veröffentlichungen der Reichsgerichtsentſcheidungen im Intereſſe reicherer Belehrung der Leſer und beſſerer Würdigung der Entſcheidungen den Thatbeſtand etwas mehr ins Einzelne gehend angeben möchten. Was heißt der Satz: „Die Vermögenslage hat ſich durch Einziehung einer Forderung von 1200 M. etwas geändert?" Hat der Schuldner die Forderung eingezogen, oder iſt ſie von ihm eingezogen? Wie kann ſich durch die bloße Einziehung einer Forderung die Vermögenslage ändern? Iſt dieſe Aenderung eine Verſchlechterung oder eine Verbeſſerung geweſen? Wie hoch beläuft ſich endlich die eingetretene Veränderung?

Alle dieſe Fragen bleiben zunächſt unbeantwortet. Nachträglich erfährt man allerdings, daß eine Vermögensverminderung vorgelegen habe, und zwar eine geringe. Es läßt ſich alſo vermuthen, daß es ſich um eine Verminderung von 1200 M. gehandelt hat, welche dadurch entſtanden iſt, daß der Schuldner eine andere Forderung von 1200 M. hat zahlen müſſen. Die Schuld mußte, da es ſich nicht um eine Schenkungskompetenz handelte, bei der Begründung

der konkreten Kompetenzvoraussetzung außer Betracht bleiben. Dagegen fallen die zur Tilgung der Schuld gezahlten 1200 M. als Vermögensverminderung ins Gewicht.

Unklar bleibt auch, wieso der Mittheilung, daß nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts diese geringe Vermögensverminderung nicht geeignet sei, das beneficium competentiae als begründet erscheinen zu lassen, der Zusatz gegeben werden kann: „*sofern es bis dahin nicht begründet war*". Wenn vor der Einziehung der 1200 M. die Vermögenslage des Schuldners derartig war, daß die konkrete Kompetenzvoraussetzung noch *nicht* vorlag, so ist es ja freilich möglich, daß sie auch durch die weitere Verminderung um 1200 M. noch nicht begründet wurde. In diesem Falle war allerdings die Klage des Schuldners abzuweisen. Aber nicht aus dem vom Reichsgericht angegebenen Grunde, daß der Einwand verspätet war, sondern deshalb, weil er an sich unbegründet ist, da auch jetzt noch die konkrete Kompetenzvoraussetzung fehlt.

Wenn dagegen zur Zeit des Vorprozesses die konkrete Kompetenzvoraussetzung bereits vorlag, so würde sie durch die nachträglich eingetretene Vermögensverminderung *nothwendig* verstärkt. Das gilt von der denkbar geringsten Veränderung ebenso gut, wie von der allergrößten. Der Annahme des Reichsgerichts, daß es an eine abweichende Ausführung des Berufungsgerichts gebunden sei, kann nicht zugestimmt werden. Eine solche Feststellung geht über das rein Thatsächliche hinaus und verstößt in ihren aus der Sachlage gezogenen Folgerungen gegen die Logik, da der Satz: „Jede Vermögensunzulänglichkeit wird durch weitere Vermögensverminderungen unter allen Umständen verstärkt" allgemeingültig ist. Sie kann also jedenfalls als unklar und widerspruchsvoll und daher die §§ 259, 284 C.P.O. verletzend ohne Weiteres aufgehoben werden.

Indeſſen kann das auch dahingeſtellt bleiben. Denn dieſe thatſächliche Feſtſtellung vermag das Urtheil nicht zu rechtfertigen. Um das ermeſſen zu können, iſt die Frage zu erledigen, wie ſich im Näheren § 686 C.P.O., insbeſondere Abſ. 2 desſelben, zu der Kompetenzeinrede verhält, ein Punkt, über den das Urtheil des Reichsgerichts keine erſchöpfende Auskunft giebt. Das Reichsgericht beſchränkt ſich in ſeinen rechtlichen Ausführungen auf den Satz, daß das beneficium competentiae zu den in § 686 Abſ. 1 C.P.O. genannten „Einwendungen" gehöre, „welche den durch das Urtheil feſtgeſtellten Anſpruch ſelbſt betreffen".

Das iſt unzweifelhaft richtig und entſpricht der herrſchenden Anſchauung [1]). Es hätte auch für dieſes Ergebniß weder des Hinweiſes bedurft, daß die „Kompetenzeinrede ſchon im römiſchen Rechte als exceptio behandelt ſei, wenn ſie auch nicht in der gewöhnlichen Form, ſondern als Beſchränkung der condemnatio der Formel eingefügt worden ſei", noch der Antitheſe der ipso iure wirkenden Vertheidigungsgründe, welche das ihnen gegenüberſtehende Recht in ſeiner Exiſtenz angreifen, und der Einwendungen, welche das Recht, ſei es für immer, ſei es zur Zeit unwirkſam machen.

Da aber dieſe beiden theoretiſchen Erörterungen nunmehr die Autorität des höchſten Gerichtshofes für ſich haben, ſo muß der Widerſpruch gegen dieſelben hier wenigſtens angedeutet werden.

Das beneficium competentiae wird in den römiſchen

---

1) Krech und Fiſcher, Kommentar zur preuß. Geſetzgebung betr. die Zwangsvollſtreckung in d. unbewegl. Verm., S. 67. A. M. meines Wiſſens allein Dernburg (Pandekten II § 57 A. 2 u. 8.), der das beneficium competentiae für ein durch die C.P.O. gänzlich aufgehobenes „Exekutionsprivilegium" hält. — Gegen ihn namentlich Kohler in Grünhut's Zeitſchr. 14 S. 26.

Quellen allerdings hier und da, aber keineswegs regelmäßig exceptio genannt[1]). Eine Uebereinſtimmung mit der exceptio liegt auch darin, daß die Kompetenz dem Beklagten zu Gute kam und daß es daher im Intereſſe des Beklagten lag, bei der Verhandlung in iure dafür zu ſorgen, daß der entſprechende Zuſatz in die Formel kam.

Gleichwohl kann das beneficium competentiae nicht als exceptio angeſehen werden. Es iſt mit großer Sicherheit anzunehmen, daß, wie auch das Reichsgericht andeutet, das beneficium in der Formel nicht wie jede exceptio als Zuſatz zur intentio, ſondern als Zuſatz zu der condemnatio, in einer von der Formulirung der Exceptionen durchaus abweichenden Faſſung, etwa: dumtaxat quod Ns. facere potest, eius Nm. Ao. condemnato erwähnt wurde. Und wenigſtens nach dem derzeitigen Stande der Wiſſenſchaft[2]) iſt das einzige ſichere Merkmal der römiſchen exceptio, daß der betreffende Umſtand in der Form der exceptio zur intentio in die Formel trat, wobei es freilich weniger darauf ankommt, ob die exceptio ſchon in der Aktionenformel ſtand, wie die exceptio solutionis bei der actio hypothecaria, oder erſt beſonders inſerirt wurde. Ferner ſcheint bei der actio rei uxoriae das beneficium ſchon durch das generelle „quod ejus melius aequius erit" gedeckt geweſen zu ſein[3]), ſo daß es hier in der Formel gar nicht beſonders erwähnt, alſo nach der üblichen Terminologie ipso iure bez. officio iudicis berückſichtigt wurde. Zu beachten iſt dabei endlich, daß das beneficium competentiae als Kon-

1) Vgl. die Quellenſtellen bei Altmann, Das beneficium competentiae, S. 14 ff. A. 14, 15, 20.

2) Fiſcher, Recht und Rechtsſchutz, S. 94 ff.; Regelsberger, Pandekten 1 S. 682. Vgl. indes v. Koſchembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exceptionen S. 71 ff.

3) Altmann a. a. O. S. 18.

demnationsminderung ſchon zu der Zeit beſtand, als noch alle Exceptionen ohne jede Ausnahme zur völligen absolutio führten [1]).

Alle dieſe Dinge ſind nun aber für das heutige gemeine Recht gänzlich bedeutungslos. Für das moderne Recht [2]) ſind, namentlich wenn man den Sprachgebrauch der C.P.O. mit berückſichtigt, zu unterſcheiden: Einwendungen, Einreden, und noch etwas Drittes, bezüglich deſſen man über den Namen nicht einig iſt.

Unter Einwendung iſt jeder Umſtand zu verſtehen, der zur Abweiſung der Klage führen kann. Dieſer weiteſte Ausdruck umfaßt alſo auch die Einreden und die Gegenrechte. Unter Einrede dagegen im Sinne der C.P.O. iſt nur ein Umſtand zu verſtehen, der trotz des Vorhandenſeins ſämmtlicher Klagegrundthatſachen der Verurtheilung entgegenſteht und bezüglich deſſen daher die Behauptungslaſt dem Beklagten zufällt, wie z. B. Zahlung oder mangelnde Zurechnungsfähigkeit eines Kontrahenten. Unter den Einreden ſind nun aber wieder, weniger im Intereſſe des Prozeſſes als des Privatrechts die „rechtsverfolgenden Einreden" [Thon] [3]) oder „negativen Rechte" [Bekker] [4]) oder „Gegenrechte" [5]) hervorzuheben, welche ſich dadurch auszeichnen, daß bei ihnen ein Willensakt des Verpflichteten, ein „Vorſchützen" erforderlich iſt, um ihnen die rechtshindernde oder rechtshemmende Wirkung zu geben, wie dieſes z. B. für die moderne, nicht aber für die

1) Altmann a. a O. S. 17.

2) Vgl. Fiſcher a. a. O. S. 98 ff.

3) Jahrbücher f. Dogm. 28 S. 37 ff., Regelsberger a. a. O. S. 685.

4) Pandekten I S. 89.

5) Von mir a. a. O. S. 94 vorgeſchlagen.

römiſche Verjährung [1]), für die Aufrechnung, die Anfechtung ꝛc. anzuerkennen iſt.

Es iſt um ſo nothwendiger, dieſe Dinge klar und ſcharf auseinander zu halten, als bekanntlich im Entwurf des bürgerlichen Geſetzbuchs [2]) hinſichtlich des Einredebegriffs eine, trotz eindringlichſter Mahnung auch durch die zweite Leſung nicht beſeitigte, ganz heilloſe Verwirrung beſteht, die, wie ich mit voller Sicherheit zu prophezeien wage, jeden Verſuch, die Einrede im Sinne des B.G.B. zu definiren, vereiteln wird [3]).

Ob nun aber ein Thatbeſtand als Einwendung, Einrede oder als Gegenrecht aufzufaſſen iſt, dafür erſcheint der Umſtand, daß er römiſch zu den Exceptionen gerechnet oder nicht gerechnet wurde, völlig bedeutungslos. Eine römiſche exceptio kann ſich heute als eine einfache Einrede oder auch als bloßes Leugnen des Klagegrundes charakteriſiren, während ein Thatbeſtand, der römiſch ipso iure oder officio iudicis berückſichtigt wurde, trotzdem und obwohl er ſeine materiellrechtliche Natur nicht geändert hat, als Gegenrecht zu charakteriſiren iſt [4]).

Deshalb iſt es verfehlt, für die Frage, wie das Kom-

1) Vgl. Heymann, Das Vorſchützen der Verjährung, S. 57 und 141 ff.

2) Vgl. Fiſcher a. a. O. S. 110, Heymann a. a. O. S. 162 ff., ſowie die in der Zuſammenſtellung der gutachtlichen Aeußerungen 1 S. 248 Genannten. Es könnte nach dieſer Zuſammenſtellung ſcheinen, als ob Thon den Standpunkt des Entwurfes billige. Das iſt aber, wie ein Blick in Thon's Schrift zeigt, unrichtig. Gebilligt hat ihn kein Theoretiker, und das war auch gar nicht anders möglich.

3) Das Kompetenzrecht wird in § 466 Entw. B.G.B. („der Schenker iſt berechtigt" u. ſ. w.) unzweifelhaft als Gegenrecht geſtaltet. Gleichwohl wird es vom Entwurf ebenſowenig wie die Anfechtung unter die Kategorie „Einrede", welche doch nach den Motiven gerade die Gegenrechte umfaſſen ſoll, gebracht. Natürlich ſoll damit nicht empfohlen werden, die „Kompetenzeinrede" in das B.G.B. einzuführen.

4) Fiſcher a. a. O. S. 98, Thon a. a. O. S. 45.

petenzrecht heute zu klaſſificiren ſei, die angebliche Eigenſchaft des beneficium als einer römiſchen exceptio heranzuziehen.

Vor Allem aber iſt es für die gegenwärtige Entſcheidung völlig gleichgültig, ob das beneficium als bloße „Einwendung" oder auch zugleich als Einrede bez. ſogar als Gegenrecht aufzufaſſen ſei. Denn auch in den letzteren Fällen unterſteht es zweifellos dem ganz allgemeinen Begriff der „Einwendung", der eben auch die „Einreden" und damit auch die „Gegenrechte" umfaßt.

Die, wie gezeigt iſt, theoretiſch nicht haltbaren Ausführungen des Urtheils über exceptio und Einrede haben alſo für die Begründung der getroffenen Entſcheidung keine Bedeutung.

Kehren wir aber nach dieſer Abſchweifung zu der Prüfung der Entſcheidung ſelbſt zurück. Mit dem Satze, daß der Kompetenzeinwand unter den § 686 C.P.O. fällt, iſt die Frage noch nicht beantwortet, wie die Anwendung des § 686 Abſ. 2 C.P.O. auf den Kompetenzeinwand im Näheren zu denken iſt [1]). Und

1) Daß § 686 Abſ. 2 C.P.O. Anwendung finden muß, darüber ſind alle Schriftſteller einig bis auf Dernburg (Pandekten II § 57 A. 8) und Wilmowski-Levy (Kommentar, Anm. 1 zu § 86 C.P.O.). Letztere ſagen: „Soweit Einwendungen nach dem bürgerlichen Rechte bezw. nach Prozeßrechte erſt oder noch nach der Verurtheilung gegen die Vollſtreckung geltend gemacht werden können, ſind ſie, auch inſoweit ſie den Anſpruch ſelbſt betreffen und unter Abſ. 1 § 686 gehören, durch Abſ. 2 nicht berührt. Dies gilt — für den Einwand der Rechtswohlthat der Kompetenz, welcher ſeiner Natur nach die zur Zeit des Urtheils noch nicht im Voraus feſtſtehenden Vermögensverhältniſſe zum Grunde hat." Daß die Vorausſetzung, von der dieſe Anſicht ausgeht, nicht zutrifft, wird ſich erſt im Folgenden zeigen. Uebrigens haben Wilmowski-Levy ihre Meinung, ſoweit es ſich um die Kompetenz handelt, in der 6. Anflage des Kommentars aufgegeben. Sie ſagen jetzt zutreffend: „Dagegen kann der Einwand der Rechtswohlthat der Kompetenz, da er ſchon während des Prozeſſes zuläſſig iſt, wenn ſchon dann der Grund zur Geltendmachung des Anſpruchs daraus

gerade dieſe, weder vom Reichsgericht, noch von der Literatur bisher genügend gelöſte Frage dürfte die größte Wichtigkeit auch für den vorliegenden Fall haben. Um die Frage beantworten zu können, iſt zunächſt feſtzuſtellen, in welcher Weiſe in dem Urtheil über die Schuld ſelbſt der bereits vollſtändig begründete Kompetenzeinwand zu behandeln iſt.

Zweierlei iſt denkbar. Man kann einmal in dem Urtheil die Kompetenz nach dem gegenwärtigen Vermögensſtatus vollſtändig ſachlich erledigen. Beiſpielsweiſe: Der Schwiegervater ſchuldet dem Schwiegerſohn eine Mitgift von 10000 M. Der Schwiegervater hat ein Aktivvermögen von 60000 M. 55000 M. ſind zu ſeinem und ſeiner Familie Unterhalt erforderlich, alſo wird der Schwiegervater nur zur Zahlung von 5000 M. verurtheilt und der Schwiegerſohn mit den überſchießenden 5000 M. zur Zeit abgewieſen.

Man könnte aber auch nach Analogie des beneficium inventarii ſich darauf beſchränken, in das Urtheil bloß einen Vorbehalt des Kompetenzrechts aufzunehmen, und es dann dem Schuldner überlaſſen, nach Analogie des § 696 C.P.O. Einwendungen zu erheben, ſobald die, zunächſt ohne Rückſicht auf das beneficium durchzuführende, Zwangsvollſtreckung ſeine Kompetenz beeinträchtigt. Bei dieſer Art des Verfahrens würde das Urtheil in dem gegebenen Beiſpiel auf Verurtheilung zur Zahlung von 10000 M. vorbehaltlich des dem Beklagten zuſtehenden Kompetenzrechts lauten müſſen.

Was iſt nun das Richtige? Das zweite Verfahren iſt ohne Zweifel für das erkennende Gericht bequemer. Außerdem bietet es den gewiß nicht zu unterſchätzenden Vortheil, daß

---

vorlag, nach § 686 Abſ. 2 nicht erſt im Zw.V.-Verfahren geltend gemacht werden, ſofern nicht der Grund erſt ſpäter entſtanden iſt."

die Kompetenz ohne Urtheilsänderung jederzeit ſo berückſichtigt werden kann, wie es die derzeitigen Umſtände, mögen ſie das Vermögen des Schuldners vergrößert oder vermindert haben, erfordern [1]). Dagegen führt es, wie demnächſt zu zeigen, in Verbindung mit § 686 Abſ. 2 C.P.O. zu einer großen Verkümmerung des beneficium. Und man wird auch für das geltende gemeine Recht das erſte Verfahren als das allein zuläſſige bezeichnen müſſen. Zunächſt ſteht das römiſche Recht wohl auf dieſem Standpunkte [2]). An und für ſich könnte man unter dem damnare in id quod facere potest allenfalls auch eine condemnatio in solidum mit dem bei der Exekution zu beachtenden Zuſatze in id quod facere potest verſtehen. Auch die Vorſchrift, daß es für den Betrag des Abzuges auf die Zeit des Urtheils ankommt (cf. fr. 63 § 6 D. pro socio 17, 2 Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae, fr. 15 pr. D. sol. matr. 24, 3 Rei iudicatae tempus spectatur, quatenus maritus facere potest und fr. 53 eod. facere posse, quod habet rei iudicandae tempore), ließe noch, wenn auch gezwungen, die Deutung zu,

1) Dieſer Vortheil würde allerdings wegfallen, wenn für das römiſche und heutige Recht Dernburg's Anſicht (a. a. O. II § 57 A. 7) richtig wäre, daß auch in der Exekutionsinſtanz lediglich die Zeit der Urtheilsfällung für die Bemeſſung des Abzugs maßgebend ſei. Dernburg legt den gleich zu erwähnenden Stellen, welche die Urtheilsfällung als maßgebend bezeichnen, die Bedeutung bei, „daß den Schuldner die Gefahr trifft, wenn er nicht ſofort Alles, was er ſchuldig iſt, berichtigt und ſich ſein Vermögen hinterher zufällig mindert". Bei unbefangener Betrachtung ergiebt ſich dieſer Sinn aber nicht, vielmehr iſt Windſcheid (Pandekten II § 268 A. 3) beizuſtimmen, der ſagt: „Geſehen wird auf den Zuſtand des Vermögens zu der Zeit, wo die Rechtswohlthat in Anſpruch genommen wird, alſo auf die Zeit des Urtheils, wenn die Rechtswohlthat dem Urtheil, auf die Zeit der Exekution (genauer wohl des Urtheils aus § 686 C.P.O.), wenn ſie der Exekution gegenüber in Anſpruch genommen wird."

2) Vgl. Altmann S. 19.

daß für die nachträgliche Schätzung dieſer Zeitpunkt maßgebend ſein ſollte, während es allerdings viel natürlicher iſt, hier einen Gegenſatz zur Litiskonteſtation anzunehmen und die Stelle dahin zu verſtehen, daß in dieſem Punkte für den Umfang der Verurtheilung ausnahmsweiſe nicht die Zeit der Litiskonteſtation, ſondern die des Urtheils maßgebend ſei. Wenn aber Paulus in fr. 173 D. de R. J. 50, 17 ſagt: In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt, condemnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant, ſo kann das doch wohl kaum anders verſtanden werden, als daß die Realiſirung des Kompetenzrechts nicht erſt bei der Exekution erfolgt, vielmehr der iudex ſchon im Urtheil über die Schuld den entſprechenden Abzug zu machen hat. Sonſt hätte ſich Paulus doch ganz unglaublich ſchief ausgedrückt[1]).

Vor Allem aber dürfte, wie mir Herr Kollege Wlaſſak bemerkt, das ausnahmsloſe römiſche Erforderniß der certa quantitas condemnationis, von welchem die Gültigkeit der Sentenz abhing[2]), der Zuläſſigkeit eines bloßen Vorbehalts der Kompetenz ebenſo unbedingt hindernd entgegenſtehen, wie einer Verurtheilung zu einer Leiſtung Zug um Zug u. dgl.

Jedenfalls hat aber die gemeinrechtliche[3]) Praxis ganz überwiegend die Uebung, daß das Urtheil ſchon den Abzug zu realiſiren hat[4]). Auch § 486 Entwurf B.G.B. will, daß der

1) Vgl. Windſcheid, Pandekten II § 267 A. 1 und die dort Citirten. Auch die detractio in computatione quantum facere possit des fr. 58 D. sol. matr. 24, 3 ſpricht entſchieden für dieſe Anſchauung.

2) Vgl. tit. Cod. de sententia, quae sine certa quantitate 7, 46.

3) Für das preußiſche Recht vertritt Eccius (Preuß. Privatrecht I S. 297) zutreffend denſelben Standpunkt: „Die Kompetenz, welche nach heutigem Recht die Verurtheilung ausſchließt, nicht lediglich die Zwangsvollſtreckung beſchränkt.“

4) Vgl. die Citate bei Altmann S. 20. In der Theorie haben die entgegengeſetzte Anſicht Dernburg (Pandekten II § 57 A. 7): „Die

Schenker der Klage auf Erfüllung die detaillirte Darlegung, daß und inwieweit er ohne Beeinträchtigung ſeines Unterhalts zur Erfüllung außer Stande ſei, entgegenſetzt.

Das Reichsgericht ſteht in dem vorliegenden Urtheil offenbar ebenfalls auf dem Standpunkte, daß ſchon das Urtheil ſelbſt den Abzug machen muß, ſoweit er zur Zeit der Urtheilsfällung begründet iſt.

Die Entſcheidung dieſer Vorfrage hat nun wichtige Folgen für die Anwendung des § 686 Abſ. 2 C.P.O. auf die Geltendmachung des Kompetenzrechts *nach* der Verurtheilung bezüglich der Schuld. Nach römiſchem Recht konnte bekanntlich die Kompetenz, zwar nicht immer, aber doch unter Umſtänden, noch gegenüber der actio iudicati geltend gemacht werden, auch wenn ſie bereits vorher in abstracto und in concreto begründet geweſen war [1]), und das iſt auch zur gemeinrechtlichen Uebung geworden.

Dagegen verlangt § 686 Abſ. 2 für die Geltendmachung von Einwendungen gegenüber einer Verurtheilung ganz allgemein, daß die „*Gründe*", auf denen ſie beruhen, *nach* dem dort angegebenen Zeitpunkte, den ich der Kürze halber, wenn auch ungenau, den Zeitpunkt der Verurtheilung nennen will, entſtanden ſind, und es fragt ſich, was unter dem Entſtandenſein der Gründe der Kompetenzeinwendung zu verſtehen iſt.

Wenn man ſich auf den vorhin verworfenen Standpunkt ſtellt, daß das Urtheil nur den *Vorbehalt* der Kompetenz auszuſprechen habe, ſo genügt als Grund der Kompetenzein-

Kompetenz kann gegenüber der Klage vorgeſchützt werden und iſt dann im Urtheil vorzubehalten", und anſcheinend auch *Seuffert* (Komment. 6. Aufl. Anm. 1 zu § 686 C.P.O.): „Das beneficium competentiae kann als Einwendung gegen den durch das Urtheil feſtgeſtellten Anſpruch nur geltend gemacht werden, wenn das Urtheil die Rechtswohlthat zuſpricht" u. ſ. w.; denn damit kann doch nur ein genereller Vorbehalt gemeint ſein.

1) Citate bei *Altmann* S. 40 A. 42.

wendung das Vorliegen der abſtrakten Kompetenzvorausſetzung. In unſerem Falle würde alſo der Grund des Kompetenzrechts mit dem unſtreitigen Umſtande gegeben ſein, daß es ſich um die Dosforderung gegen den Schwiegervater handelt. Folgerichtig würde alſo, wenn das Vorſchützen der Kompetenz unterblieben iſt, die nachträgliche Geltendmachung auch dann ausgeſchloſſen ſein, wenn die konkrete Vorausſetzung der Kompetenz erſt nach der Verurtheilung entſtanden wäre. Dieſe Konſequenz zieht auch, von ſeinem Ausgangspunkt aus mit vollem Recht, L. Seuffert [1]), wenn er ſagt: „Das beneficium competentiae kann als Einwendung gegen den durch das Urtheil feſtgeſtellten Anſpruch nur geltend gemacht werden, wenn das Urtheil die Rechtswohlthat zuſpricht und der Schuldner gegen die dem Urtheil zuwiderlaufende Ausdehnung der Vollſtreckung Einwendungen erhebt oder wenn die Einrede erſt nach dem in Abſ. 2 des § 686 bezeichneten Zeitpunkte entſtanden, z. B. wenn der Schuldner erſt ſpäter zu dem Gläubiger in das Verhältniß eines Ehegatten getreten iſt."

Von dieſer Anſchauung aus hätte alſo in unſerem Falle die Klage abgewieſen werden müſſen, aber aus anderen Gründen, wie dieſes geſchehen iſt, nämlich nicht wegen der vom Reichsgericht erwogenen Geringfügigkeit der Vermögensverminderung, ſondern auch dann, wenn ein ganz bedeutender Vermögensverluſt ſtattgefunden hätte. Damit iſt zugleich die Unbilligkeit und Unzweckmäßigkeit dieſes Vorgehens klar geſtellt.

Ganz anders ſtellt ſich der Fall, wenn man verlangt, daß das Urtheil den Abzug ſo realiſirt, wie es die Vermögenslage zur Zeit der Verurtheilung erheiſcht. Denn dann iſt zur Begründung der Einwendung auch das Vorhandenſein der konkreten Kompetenzvorausſetzung erforderlich. Folgeweiſe darf der im Urtheil nicht vorbehaltene Kompetenzeinwand auch

1) a. a. O. Anm. 1 zu § 686 C.P.O.

dann noch Berückſichtigung finden, wenn nur die konkrete Vorausſetzung nach der Verurtheilung entſtanden iſt [1]).

Dieſe in der That richtige Anſchauung wird in der Theorie [2]) überwiegend vertreten und liegt offenbar auch dem Urtheile des Reichsgerichts zu Grunde. Damit ergiebt ſich zugleich ein wichtiger allgemeiner Geſichtspunkt für die Auslegung und Anwendung des § 686 Abſ. 2 C.P.O. Wenn dieſe Beſtimmung verlangt, daß „die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen", nach der Verurtheilung entſtanden ſind, ſo iſt damit nicht gefordert, daß alle Gründe hinter dieſem Zeitpunkt liegen. Es genügt vielmehr, daß das letzte Thatbeſtandsmoment, welches die Begründung der Einwendung oder die Möglichkeit, die Einwendung zu erheben, zur Vollendung brachte, der Verurtheilung zeitlich folgte.

Aber nun iſt von dieſer Anſicht aus noch eine beſondere Eigenthümlichkeit des Kompetenzrechts zu würdigen, welche anſcheinend vom Reichsgericht nicht beachtet iſt, obwohl dazu gerade der vorliegende Fall Veranlaſſung bot.

---

1) Ebenſo natürlich auch in dem umgekehrten Falle, daß lediglich die abſtrakte Vorausſetzung nach der Verurtheilung entſtanden iſt.

2) Vgl. Windſcheid a. a. O. II § 268 A. 6a: „Das Letztere (daß nämlich die Einrede noch in der Exekutionsinſtanz vorgebracht werden kann) fällt nach der R.C.P.O. weg, vorausgeſetzt, daß der Vermögensverfall nicht erſt nach dem Urtheil eingetreten iſt." — Ferner Hommel, Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollſtreckung von Urtheilen, S. 82: „Dies kann der Fall ſein, wenn nach jenem Zeitpunkt der Vermögensverfall des Schuldners eingetreten iſt, oder wenn nach jener Zeit der Gläubiger mit dem Schuldner vereinbart hat, daß er bei etwaiger Zwangsverſteigerung ihm den Nothbedarf laſſen wolle, oder wenn die Parteien die Ehe geſchloſſen haben", und für das preußiſche Recht Eccius a. a. O. I S. 765: „Das Recht auf die Kompetenz kann und muß geltend gemacht werden als Einrede gegen die Verurtheilung, inſoweit nach den beiderſeitigen Vermögensverhältniſſen das Recht ſchon während des Prozeſſes beſtand; erwächſt es erſt ſpäter, ſo wird es als eine materielle Einwendung gegen die Höhe des vollſtreckbar feſtgeſtellten Anſpruchs im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht geltend gemacht werden müſſen."

Die konkrete Voraussetzung des Kompetenzrechts kann, wie schon hervorgehoben wurde, nicht bloß in jedem Augenblick entstehen oder wegfallen, sondern sie kann auch in jedem Augenblick sich vergrößern und vermindern.

Wer, um bei dem früheren Beispiel zu bleiben, zur Zeit der Verurtheilung wegen einer Schuld von 10000 M. nur noch in der Lage war, bei Wahrung seiner Kompetenz 5000 M. zu zahlen, ist, wenn ihn ein weiterer Vermögensverlust von 3000 M. trifft, nur noch im Stande, 2000 M. zu leisten. Soll er nun durch § 686 Abs. 2 C.P.O. gehindert sein, diesen neuen Vermögensverlust geltend zu machen, so lange die Schuld nicht von ihm beigetrieben ist? Zweifellos[1]) ist er daran nicht gehindert, wenn er schon bei der ersten Verurtheilung dafür gesorgt hatte, daß er nur zu 5000 M. verurtheilt wurde. Denn dann kann er darauf hinweisen, daß die Gründe, welche ihn zu einem weiteren Abzuge von 3000 M. berechtigen, erst nach der Verurtheilung entstanden bezw. vollendet sind, ihrer Geltendmachung also § 686 Abs. 2 C.P.O. nicht entgegensteht.

Aendert sich das nun, wenn der Schuldner vor der Verurtheilung das Vorschützen der Kompetenz versäumt hat? Das ist der vom Reichsgericht nicht berührte Kernpunkt der Frage. Er trat vor der C.P.O. weniger hervor, weil eben damals überhaupt die Geltendmachung des Kompetenzrechts in der „Exekutionsinstanz" in erheblichem Umfange gestattet wurde und insoweit eine Versäumniß des Kompetenzeinwandes ohnedies nicht eintrat. Aber auch nach dem Rechte der C.P.O. ist die Frage zu verneinen, da § 686 Abs. 2 nicht entgegensteht und dringende Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit dieses fordern.

1) Nur von dem oben S. 468 A. 1 bekämpften Standpunkte Dernburg's aus würde man zu einem anderen Ergebnisse kommen.

Jemand ſieht davon ab, der erheblichen ſtreitigen Forderung eines nahen Verwandten gegenüber einen kleinen Kompetenzabzug zu machen, zu dem er nach Lage der Sache berechtigt geweſen wäre. Hinterher verliert er ſein ganzes Vermögen. Soll er nun nicht berechtigt ſein, die Erfüllung der Forderung zu verweigern und dafür den Rechtsſchutz zu finden, ſo daß ihm die Erduldung der, allerdings thatſächlich fruchtloſen, Exekutionsverſuche erſpart bleibt? Durch Grund und Zweck des Kompetenzrechts iſt es offenbar gefordert, daß er trotz der Verſäumung des erſten Abzugs mit dem zweiten Abzug nicht zurückgewieſen wird. Und dem ſteht auch das Geſetz durchaus zur Seite. Wenn, wie gezeigt wurde, unter dem Grunde des Kompetenzrechts auch die konkrete Kompetenzvorausſetzung zu verſtehen iſt, und es zur Geltendmachung der Kompetenz im Wege des § 686 C.P.O. genügt, daß nur dieſe konkrete Vorausſetzung nach der Verurtheilung entſtanden iſt, ſo muß es folgerichtig zur Geltendmachung eines *weiteren* Abzuges genügen, daß die konkrete Vorausſetzung dieſes *weiteren* Abzuges hinter der Verurtheilung liegt. Es kann dabei auch gar keinen Unterſchied machen, ob der frühere ſtatthaft geweſene Abzug geltend gemacht iſt oder nicht. Die bezüglich dieſes erſten Abzuges eingetretene Präkluſion kann ſich auf den Betrag des ſpäter entſtandenen Abzugsrechts nicht erſtrecken.

Etwas Aehnliches kann z. B. auch bei der Aufrechnung vorkommen. Wenn der Schuldner *vor* der Verurtheilung die Aufrechnung mit einer ſchon damals fälligen Forderungsrate verſäumt hat, ſo iſt er dadurch doch nicht gehindert, eine weitere Rate derſelben Forderung, deren Fälligkeit hinter der Verurtheilung liegt, auf dem Wege des § 686 C.P.O. zur Aufrechnung zu bringen, obwohl von den Gründen, auf denen ſie beruht, nur die Fälligkeit erſt nach der Verurtheilung ent-

standen ist. Danach ist also in unserem Falle die hypothetische Feststellung, daß „diese geringe Vermögensverminderung nicht geeignet ist, das beneficium competentiae, *sofern es bis dahin nicht begründet war*, nunmehr als begründet erscheinen zu lassen", zur Stütze der vom Reichsgericht daraus gezogenen Folgerung: „Der Fall der nachträglichen Entstehung liegt also nicht vor" nicht zu verwenden. Denn wenn das beneficium bereits begründet war, so wurde das Abzugsrecht um den Betrag der eingetretenen Vermögensverminderung erhöht, und bezüglich dieser Erhöhung lag der Fall der nachträglichen Entstehung allerdings vor.

Als Schlußergebniß stellt sich also heraus, daß das Urtheil des Reichsgerichts von keinem der denkbaren theoretischen Standpunkte aus haltbar erscheint. Nach der hier vertretenen Auffassung verletzte die Entscheidung des Berufungsgerichts den § 686 Abs. 2 C.P.O., da nicht unzweideutig thatsächlich festgestellt war, daß *in keinem Falle* durch die nachträglich eingetretene Vermögensverminderung das beneficium competentiae entstanden oder vermehrt war, und deshalb auf die getroffene thatsächliche Festellung die Präklusion aus § 686 Abs. 2 C.P.O. nicht gegründet werden konnte. Die Sachlage gebot daher, das Urtheil aufzuheben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückzuweisen, damit zunächst eine nicht hypothetische Feststellung der Wirkung jener Vermögensverminderung gemacht würde. Ergab diese, daß in der That auch jetzt das Kompetenzrecht nicht begründet war, so hätte allerdings Abweisung der Klage ausgesprochen werden müssen. Im anderen Falle aber mußte dem Klageantrage stattgegeben werden, indessen, wenn sich herausstellte, daß das Kompetenzrecht schon zur Zeit der Verurtheilung bestanden hatte, aber nicht geltend gemacht war, nur zur Höhe des Betrages, um den sich in der Zwischenzeit das Vermögen vermindert hatte.

## 2. Prozeßrechtliche Einwendungen des Rechtsnachfolgers.

Besprochen von Professor Dr. **Kothar Seuffert** in Würzburg.

In dem Urtheile vom 22. Febr. 1894, Entsch. d. R.G. in C.S., Bd. XXXIII Nr. 87 S. 359 ff., hat der IV. Civilsenat des Reichsgerichts die Frage behandelt, ob der Drittschuldner der Klage des Gläubigers, dem die Forderung nach vorheriger Pfändung zur Einziehung überwiesen worden ist, mit der prozeßhindernden Einrede entgegentreten könne, daß die Kosten eines früheren Verfahrens, worin der Schuldner gegen den Drittschuldner dieselbe Klage erhoben und zurückgenommen hatte, noch nicht erstattet seien. Vgl. die §§ 243 Abs. 4, 247 Abs. 2 Nr. 5 der C.P.O.

Das Reichsgericht hat im Gegensatz zum Berufungsgerichte die Einrede für zulässig erachtet. Aus der Begründung geht hervor, daß das Reichsgericht zu dieser richtigen Entscheidung auf folgendem Wege gelangt ist.

Das Berufungsgericht (Kammergericht Berlin) hatte ausgeführt:

> „Zwar müsse der Gläubiger bei der Einklagung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung die dem Drittschuldner gegen den Schuldner zustehenden Einreden sich entgegensetzen lassen; allein dies gelte nur von *materiellen* Einwendungen, die das geltend gemachte Recht selbst betreffen. Dagegen wirkten die *prozessualischen* Einreden nur gegen denjenigen, dem gegenüber sie unmittelbar begründet seien; denn sie seien nicht sowohl gegen den geltend gemachten Anspruch, als vielmehr gegen die prozessualische Geltendmachung des Rechts gerichtet. Dieser für die Cession anzuerkennende Grundsatz müsse bei der Pfändung und Ueberweisung einer Forderung zur Einziehung analoge Anwendung finden."

Das Reichsgericht hat nun die Behauptung des Kammergerichts, daß prozeßrechtliche Einwendungen aus der Perſon des Cedenten dem Ceſſionar nicht entgegengeſtellt werden können, in keiner Weiſe beanſtandet, ſondern lediglich betont, daß die Ueberweiſung einer gepfändeten Forderung zur Einziehung nach § 736 vgl. mit § 737 der C.P.O. keine weitere Wirkung habe, als daß der Gläubiger berechtigt werde, die Forderung des Schuldners einzuziehen. Es ſagt ausdrücklich:

> „Das Berufungsgericht hat die Bedeutung und die Wirkungen, welche das Geſetz in den §§ 736, 737 der C.P.O. der Ueberweiſung zur Einziehung beilegt, verkannt und iſt hierdurch zur Verwerfung der Einrede des § 247 Nr. 5 gelangt."

Die Entſcheidung des Reichsgerichts ſtützt ſich alſo im Weſentlichen darauf, daß eine Ueberweiſung zur Einziehung nicht wie eine Ceſſion zu behandeln ſei. Dem debitor cessus würde das Reichsgericht die aus der Perſon des Cedenten entnommene Einwendung, daß die Koſten des früheren Verfahrens noch nicht erſtattet ſeien, offenbar verſagt haben.

Entgegen dieſen Anſchauungen möchte ich die Sätze vertheidigen:

1) Der Drittſchuldner der zur Einziehung überwieſenen gepfändeten Forderung iſt hinſichtlich der Einwendungen aus der Perſon des Schuldners nicht anders zu behandeln, als ein debitor cessus hinſichtlich der Einwendungen aus der Perſon des Cedenten.

2) Der debitor cessus kann dem Ceſſionar nicht bloß materiellrechtliche, ſondern auch prozeßrechtliche Einwendungen, die zur Zeit der Ceſſion gegen den Cedenten begründet waren, entgegenſetzen.

Es iſt klar, daß man vermittels dieſer Sätze zu derſelben

Entſcheidung des vorliegenden Rechtsfalls gelangt, wie das Reichsgericht. Gleichwohl verlohnt es ſich, der zweifach irrigen Begründung, die das Reichsgericht zu richtiger Entſcheidung gab, zu widerſprechen, weil ſie in anderen Fällen zu unrichtiger Entſcheidung führt.

### Ad 1.

Durch die Pfändung einer Forderung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung (C.P.O. § 709 Abſ. 1). Nach dem gemeinen Recht ergiebt ſich aus dem Pfandrechte eo ipso, daß der Gläubiger zur Einziehung der gepfändeten Forderung befugt iſt (l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 20 D. de pign. 20, 1; l. 7 C. de her. vel act. vend. 4, 39)[1]). Die Ueberweiſung zur Einziehung hat daher für das Gebiet des gemeinen Rechts keine andere Bedeutung, als die einer Deklaration der bereits vorhandenen Einziehungsbefugniß. Dieſe Deklaration dient dem Gläubiger zur Legitimation gegenüber dem Drittſchuldner, ändert aber die bereits durch die Pfändung entſtandenen rechtlichen Beziehungen zwiſchen dem Gläubiger und dem Drittſchuldner in keiner Weiſe. Einigermaßen anders geſtaltet ſich die Bedeutung der Ueberweiſung in denjenigen Rechtsgebieten, wo das Pfandrecht die Befugniß zur Einziehung der Forderung nicht enthält. Dazu gehören die Gebiete des franzöſiſchen Rechts (vgl. C. c. art. 2075, 2078), des ihm entſprechenden badiſchen Landrechts, des württembergiſchen Rechts (Pfandgeſetz, Art. 254 ff.) und wohl auch des preuß. Allgemeinen Landrechts (I 20 § 296, vgl. Förſter-Eccius, pr. Pr.R. 5. Aufl. Bd. III S. 479). In dieſen Rechtsgebieten verſchafft die Ueberweiſung dem Pfandgläubiger erſt die Einziehungsbefug-

1) Das in dieſer Beziehung beſonders geartete Arreſtpfandrecht iſt hier außer Betracht gelaſſen.

niß. Iſt die gepfändete Forderung dem Gläubiger zur Einziehung überwieſen, ſo macht es keinen Unterſchied mehr, ob das Pfandrecht nach dem gemeinen Rechte oder nach einem der angeführten Partikularrechte zu beurtheilen iſt.

Zweifellos iſt die auf dem Pfandrechte beruhende Befugniß des Pfandgläubigers, die Forderung einzuziehen, ein von dem Rechte des Schuldners abgeleitetes Recht. Daraus folgt, daß auf das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Gläubiger und dem Drittſchuldner (dem debitor pignoratus) die Vorſchriften entſprechende Anwendung finden, die im Falle der Uebertragung des Rechts für das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten [2]). Gleichwie bei Uebertragung einer Forderung der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegenſetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren [3]), ſo kann bei Verpfändung oder Pfändung einer Forderung der Drittſchuldner dem Pfandgläubiger die Einwendungen entgegenſetzen, die zur Zeit der Entſtehung des Pfandrechts gegen den Schuldner begründet waren. Aus der entſprechenden Anwendung der erwähnten Vorſchriften ergiebt ſich ferner, daß der Drittſchuldner eine ihm gegen den Schuldner zuſtehende Forderung auch dem Pfandgläubiger gegenüber aufrechnen kann, wenn er dieſe Forderung erworben hat, bevor er von der Pfändung Kenntniß erlangte, ferner daß der Gläubiger eine nach der Pfändung an den Schuldner bewirkte Leiſtung ſowie jedes nach der Pfändung zwiſchen dem Drittſchuldner und dem Schuldner in Anſehung der Forderung vorgenommene Rechtsgeſchäft gegen ſich gelten laſſen muß, wenn der Drittſchuldner bei der Leiſtung oder der Vornahme des Rechtsgeſchäfts von der Pfändung

2) Vgl. Entw. I c. B.G.B. § 1208, Entw. II § 1182.
3) Vgl. Entw. I c. B.G.B. § 302, Entw. II § 347.

nichts gewußt hat, was trotz der Bestimmung des § 730 Abs. 2 der C.P.O. vorkommen kann, wenn die Zustellung des Pfändungsbeschlusses eine Ersatzzustellung nach §§ 166—169 der C.P.O. war.

Aus diesen Betrachtungen dürfte sich ergeben, daß hinsichtlich der gegen den Rechtsvorgänger begründeten Einwendungen durch die Ueberweisung der gepfändeten Forderung nichts geändert wird und daß in dieser Hinsicht zwischen dem Pfandgläubiger und dem Cessionar kein Unterschied zu machen ist.

Ad 2.

Den vom Berufungsgerichte aufgestellten und vom Reichsgericht nicht zurückgewiesenen Satz, daß der debitor cessus dem Cessionare prozeßrechtliche Einwendungen, die gegenüber dem Cedenten begründet sind, nicht entgegensetzen könne, fand ich bei kursorischer Durchsicht der Literatur dieses Jahrhunderts in dieser allgemeinen Fassung nur bei Windscheid, Pand., II § 332 N. 1. Andere, z. B. Bangerow, Pand., III § 575 Anm. 1 Nr. 2, und Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts, III Kap. III litt. c. Nr. 2, lehren, daß der debitor cessus prozessualische Einreden dem Cessionar nicht entgegensetzen könne, wenn in der Person des Cessionars der Grund wegfällt. Die genannten Schriftsteller haben alle die sog. exceptio deficientis cautionis pro expensis vor Augen, die der Klage des ausländischen Cedenten entgegengesetzt werden könnte, aber gegenüber der Klage des inländischen Cessionars unzulässig ist. Nun ist es ja ohne allen Zweifel richtig, daß diese Einrede der Klage des inländischen Cessionars nicht entgegengesetzt werden kann, aber nicht deswegen, weil sie eine prozessualische Einrede ist, sondern deswegen, weil die Befugniß, Sicherheit für die Prozeßkosten zu

verlangen, erst durch die Erhebung der Klage entsteht, folglich vor dem Prozeßbeginne gar nicht begründet war. Von dieser gegen den Cedenten noch gar nicht begründeten Prozeßeinrede kann kein Schluß auf Prozeßeinreden gezogen werden, die gegen den Cedenten bereits begründet waren.

Daß solche Einwendungen gegen die Klage des Cessionars erhoben werden können, dürfte sich aus folgenden Betrachtungen ergeben:

a) Hatte der Cedent vor der Cession mit dem debitor cessus eine Vereinbarung über die Zuständigkeit getroffen, so ist der Cessionar an die Vereinbarung gebunden. Erhebt er die Klage gegen den debitor cessus bei einem Gerichte, dessen Zuständigkeit durch die Vereinbarung ausgeschlossen ist, so kann der Beklagte die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit (§ 247 Nr. 1 der C.P.O.) entgegensetzen [4]).

b) Hatte der Cedent vor der Cession mit dem debitor cessus vereinbart, daß ein Rechtsstreit über die Forderung durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden solle, so ist der Cessionar an diese Vereinbarung gebunden. Erhebt er die Klage vor einem staatlichen Gerichte, so kann der debitor cessus sich vertheidigungsweise auf den Schiedsvertrag berufen und durch diese Vertheidigung bewirken, daß die Klage von dem staatlichen Gerichte ohne Entscheidung über die Sache selbst zurückgewiesen wird. Diese Vertheidigung gehört zwar nicht zu den prozeßhindernden Einreden des § 247 der C.P.O. [5]), aber sie ist eine prozeßrechtliche Vertheidigung, da sie sich gegen die Zulässigkeit der Erhebung der Klage bei

4) Vergl. Kohler in Rassow und Küntzel's Beitr. z. Erl. d. D. R., XXXI S. 553, und Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß, S. 225.

5) Vgl. Reichsgerichts-Entsch. in C.S. Bd. VIII S. 348 ff., 398 ff., X S. 367, XVI S. 335, 370, XXX S. 322.

einem ſtaatlichen Gerichte (im Gegenſatze zum Schiedsgerichte), nicht gegen das materielle Recht des Klägers wendet.

c) Wurde eine bereits durch Klage geltend gemachte Forderung cedirt, ſo hat dies nach § 236 der C.P.O. auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Ceſſionar iſt nicht berechtigt, den Prozeß ohne Zuſtimmung des Gegners als Hauptpartei an Stelle des Cedenten zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Der Beklagte kann dem Cedenten den Einwand nicht entgegenſetzen, daß ihm nunmehr die Sachlegitimation mangele (arg. a contr. aus § 238). Das in dem Prozeſſe zwiſchen dem Cedenten und dem debitor cessus ergangene Urtheil hat in Anſehung der Sache ſelbſt nicht bloß zwiſchen den Parteien, ſondern auch im Verhältniſſe zwiſchen dem Ceſſionar und dem debitor cessus Rechtskraftwirkungen (§ 236 Abſ. 2). Der debitor cessus kann alſo der Klage des Ceſſionars mit der exceptio rei iudicatae entgegentreten, wenn jenes Urtheil zu ſeinen Gunſten lautete. Daraus folgt aber weiter, daß der debitor cessus der Klage des Ceſſionars mit der Einrede der Rechtshängigkeit entgegentreten kann, wenn dieſe Klage erhoben wird, während der Prozeß zwiſchen dem Cedenten und dem debitor cessus noch rechtshängig iſt. Die Einrede der abgeurtheilten Sache gehört nach meiner Anſicht auch zu den prozeſſualiſchen Einwendungen; denn ſie wendet ſich, wie die anderen Prozeßeinreden, gegen die Zuläſſigkeit der Klage und führt zur Zurückweiſung der Klage ohne Entſcheidung zur Sache ſelbſt. Unbeſtrittenermaßen iſt die Einrede der Rechtshängigkeit eine Prozeßeinrede; ſie wird in § 247 Nr. 3 der C.P.O. unter den prozeßhindernden Einreden aufgeführt.

d) Wie die anderen Prozeßeinreden, ſo iſt auch die Einrede zu behandeln, daß die Koſten eines früheren Verfahrens

noch nicht erstattet seien (§ 247 Nr. 5 der C.P.O.). Hatte also der Cedent vor der Cession Klage gegen den debitor cessus erhoben und diese Klage zurückgenommen, so kann der debitor cessus der Klage des Cessionars die Einrede entgegensetzen, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei.

e) Auch der Grundsatz, daß der Cessionar jedes nach der Cession zwischen dem debitor cessus und dem Cedenten in Ansehung der Forderung vorgenommene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen muß, wenn der debitor die Cession bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht gekannt hat, findet auf prozeßrechtliche Einreden entsprechende Anwendung. Der Schuldner kann sich also auf einen nach der Cession mit dem Cedenten geschlossenen Vertrag über die Zuständigkeit oder Schiedsvertrag berufen, wenn der Schuldner die Cession bei dem Abschlusse des Vertrages nicht gekannt hat. Der Schuldner kann der Klage des Cessionars die Einrede der abgeurtheilten Sache und der Rechtshängigkeit aus einem nach der Cession zwischen dem Cedenten und dem debitor anhängig gewordenen Rechtsstreite über die Forderung entgegensetzen, wenn der Schuldner die Cession bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit nicht gekannt hat[6]). Unter der gleichen Voraussetzung kann er die Einrede des Mangels der Kostenerstattung aus einem Prozesse herleiten, den der Cedent erst nach der Cession gegen ihn anhängig gemacht und durch Zurücknahme der Klage beendigt hat.

---

6) Vgl. Entw. I e. B.G.B. § 304 Abs. 2, Entw. II § 350 Abs. 2.

## 3. Der Beweis des Oralfideikommiſſes.

Beſprochen von Profeſſor Dr. **Lothar Seuffert** in Würzburg.

Vermächtniſſe, bei deren Errichtung weder die Teſtaments- noch die Kodizillarform beobachtet wurde, müſſen nach l. 32 C. de fideicommissis 6, 42, verbunden mit § 12 J. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, von dem Belaſteten erfüllt werden, wenn er zugeſteht, daß der Erblaſſer ihm ein ſolches Vermächtniß auferlegt habe, oder ſich weigert, die behauptete Vermächtnißauflage abzuſchwören. Wer ein ſolches Vermächtniß einklagt, kann ſich anderer Beweismittel als der Eideszuſchiebung nicht bedienen[1]). Der Verklagte kann den Gefährdeeid vom Kläger verlangen, aber den zugeſchobenen Eid nicht zurückſchieben.

Die Anwendung der angeführten Verordnung Juſtinian's ſtößt auf Schwierigkeiten. Es giebt (wenigſtens im Allgemeinen) keinen Gefährdeeid mehr. Und in § 14 Nr. 2 des Einf.-Geſ. zur C.P.O. iſt beſtimmt:

> „Außer Kraft treten insbeſondere die Vorſchriften (sc. der Landesgeſetze), welche in Anſehung gewiſſer Rechtsverhältniſſe einzelne Arten von Beweismitteln ausſchließen oder nur unter Beſchränkungen zulaſſen."

Es fragt ſich:

1) Sind heutzutage andere Beweismittel als die Eideszuſchiebung zuläſſig?

2) Iſt der Gefährdeeid in dieſem Spezialfalle noch von praktiſcher Bedeutung?

---

1) Dies ſteht nicht ausdrücklich, aber doch unverkennbar in den citirten Geſetzen und iſt jetzt ſo allgemein anerkannt, daß Citate überflüſſig wären. Suptitz „Ueber den Beweis eines dem Fiduciar vom Teſtator mündlich auferlegten Fideikommiſſes" (Braunſchweig 1804), war m. W. der letzte Vertheidiger der gegentheiligen Anſicht.

3) Kann der Eid nach den Vorschriften der C.P.O. zurückgeschoben werden?

Der III. Civilsenat des Reichsgerichts hat sich in einem Urtheile vom 23. Januar 1894, Entsch. Bd. XXXII Nr. 41 S. 159 ff. zunächst mit der ersten Frage beschäftigt und sie verneint. Die Begründung läßt keinen Zweifel darüber, daß der Senat auch die zweite und dritte Frage mit Nein beantwortet haben würde, wenn darüber zu entscheiden gewesen wäre.

Mancher Satz in der Begründung dieses Urtheils dürfte beim Lichte kritischer Beleuchtung schweren Stand haben. Gleich der Eingang ist bedenklich.

„Wie auch der Revisionskläger annimmt, hängt die Entscheidung von Beantwortung der Frage ab, ob die römischrechtliche Vorschrift rücksichtlich des beim Oralfideikommisse allein in Betracht kommenden Eides des Onerirten dem materiellen Rechte oder — als eine Beweisvorschrift — dem Prozeßrechte angehört. Im ersteren Falle wird sie durch den § 14 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes nicht berührt, in letzterem Falle wird durch diesen Paragraphen die von Justinian angeordnete Ausschließlichkeit des Eides beseitigt."

Als ob man zwischen dem materiellen Rechte und dem Prozeßrechte stets so reinliche Scheidung durchführen könnte!

Und dann wieder:

„Der jetzt erkennende Senat hat sich mit einer Mehrzahl von Gerichtshöfen für die materiellrechtliche Natur des Eides entschieden."

Was soll hier „materiellrechtliche Natur" des Eides heißen? Von materiellrechtlichem Eide kann man sprechen, wenn eidliche Bekräftigung außerhalb eines Rechtsstreits zu leisten ist, wie z. B. die eidliche Bekräftigung des Inventars durch

den Benefizialerben, aber doch nicht wohl, wenn die Eidesleiſtung nur im Prozeſſe über beſtrittene Behauptungen nothwendig wird.

Auch der gegen das Ende der Begründung aufgeſtellte Satz, der in Frage ſtehende Eid ſei nicht Beweismittel, ſondern Vorausſetzung für den materiellen Beſtand des Vermächtniſſes und werde daher weder durch den § 14 Ziff. 2 des Einführungsgeſetzes noch durch den Umſtand berührt, daß die Civilprozeßordnung einen derartigen Eid nicht kenne, iſt nicht einwandfrei. Wieſo ſoll der Eid Vorausſetzung für den materiellen Beſtand des Vermächtniſſes ſein, da doch durch die Eidesleiſtung das Nichtbeſtehen des Vermächtniſſes feſtgeſtellt wird?

Vielleicht ließe ſich die vom Reichsgerichte getroffene Entſcheidung etwas beſſer durch folgende Erwägungen begründen.

Die Vorſchriften Juſtinian's über das ſog. Oralfideikommiß ſind theils materiellrechtlichen, theils prozeßrechtlichen Inhalts. Dem materiellen Rechte gehört die Beſtimmung an, daß ein formloſes Vermächtniß erfüllt werden müſſe, wenn es dem Erben oder einem Vermächtnißnehmer (mündlich?) vom Erblaſſer auferlegt wurde; dem Prozeßrechte die Beſtimmung, daß die Auflage eines ſolchen Vermächtniſſes nicht anders als durch Zuſchiebung des (nicht zurückſchiebbaren) Haupteides erwieſen werden kann. Die prozeßrechtliche Beſtimmung iſt mit der materiellrechtlichen ſo eng verwachſen, daß ſie nicht beſeitigt werden kann, ohne die ganze Einrichtung des Oralfideikommiſſes von Grund aus zu verſchieben.

In unklarer Erinnerung an die Zeit, wo die Erfüllung der Fideikommiſſe nicht erzwingbar, ſondern der Treue des Fiduziars anheim gegeben war, haben Juſtinian's legislatoriſche Berather die Erfüllung formloſer Vermächtnißauflagen ebenfalls auf die Gewiſſenhaftigkeit des angeblich Belaſteten ab-

ſtellen wollen, indem ſie beſtimmten, daß dieſer ſich dem Erfüllungszwange durch eidliches Ableugnen der Vermächtnißauflage entziehen könne. Nachdem die Verordnung Theodoſius II. über die Kodizillarform mit einigen Aenderungen als l. 8 C. de codicillis 6, 36 in die juſtinianiſche Sammlung der Konſtitutionen eingereiht worden war, konnte die wenige Titel ſpäter ſtehende l. 32 C. de fideicommissis nicht formloſe Vermächtniſſe auf eine Stufe mit formgerechten ſtellen. Es mußte ein Unterſchied zwiſchen den zwei Arten von Vermächtniß ſtatuirt werden, und dieſer Unterſchied liegt eben in der Beſchränkung des Beweiſes bei formloſen Vermächtnißauflagen. Wäre dieſe Beſchränkung nicht vorhanden, ſo würde zwiſchen formgerechten und formloſen Vermächtniſſen kein weſentlicher Unterſchied beſtehen, die Vorſchriften über die Form der Kodizille wäre für Vermächtniſſe ohne praktiſche Bedeutung.

Müßte man nun annehmen, daß die Beweisbeſchränkung der l. 32 C. durch § 14 Nr. 2 des Einf.-Geſ. z. C.P.O. aufgehoben wäre, ſo ware das ganze Oralfideikommiß abgeſchafft. Denn ein formloſes durch beliebige Beweismittel erweisbares Vermächtniß wäre etwas ganz Anderes, als das, was Juſtinian in ſeinem Geſetze eingeführt hat. Dieſes Geſetz wäre unausführbar und könnte daher überhaupt nicht mehr angewendet werden [2]).

Es iſt aber in hohem Grade unwahrſcheinlich, daß durch den § 14 Nr. 2 ein ſolcher Eingriff in den Beſtand des materiellen Rechts beabſichtigt wurde. Aus der Begründung, die dem entſprechenden Paragraphen des Entwurfs eines Einführungsgeſetzes beigegeben wurde [3]), iſt erſichtlich, daß man

2) Auf dieſem Standpunkte ſcheint Dernburg, Pand. III § 75, Anſl. 1—3, zu ſtehen, während derſelbe ſich in der 4. Aufl. für die Beibehaltung des Oralfideikommiſſes ausſpricht.

3) Motive, S. 199—201 der offiziellen Ausgabe.

mit der derogatorischen Bestimmung zunächst die Vorschriften des französischen Rechts treffen wollte, nach denen der Zeugenbeweis in Sachen, deren Gegenstand die Summe oder den Werth von 150 Frcs. übersteigt und „contre et outre le contenu aux actes", sowie „sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes" ausgeschlossen war (code civ. art. 1341—1348). Das sind aber Beweisbeschränkungen ganz anderer Art als diejenigen, welche durch l. 32 C. aufgestellt sind.

Kann hiernach nicht wohl angenommen werden, daß durch das Einf.-Ges. zur C.P.O. das gemeinrechtliche Oralfideikommiß beseitigt werden sollte, so muß mit dieser Vermächtnißart auch die ihr eigenthümliche Beweisbeschränkung in Geltung geblieben sein.

Anders steht es mit dem Gefährdeeide, der nach l. 32 C. von dem Kläger zu leisten ist. Wie sich aus l. 1, 2 C. de iureiurando propter calumniam dando 2, 58 ergiebt, war der Gefährdeeid eine allgemeine, nicht auf den Prozeß über ein Oralfideikommiß beschränkte Einrichtung des justinianischen Prozeßrechts. War dieser Eid aber keine Eigenthümlichkeit des Prozesses über das Fideikommiß der l. 32 C., so ist er dadurch, daß er aus dem Prozeßrechte im Allgemeinen verschwand, auch für diesen Prozeß abgeschafft.

Dagegen ist die Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides auch für das moderne Recht zu behaupten. Denn diese Bestimmung hängt nicht weniger als die Beschränkung der Beweismittel mit den materiellrechtlichen Vorschriften der l. 32 zusammen; ganz abgesehen davon, daß es schwer fällt, sie unter die von Ausschließung einzelner Beweismittel redende Derogationsklausel des § 14 Nr. 2 des Einf.-Ges. zu subsumiren.

---

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena — 1409

Princeton University Library
32101 065981860

Princeton University Library
32101 065981860

Princeton University Library
32101 065981860

Princeton University Library
32101 065981860